

La cooperación penal reforzada en la constitución europea y la cuestión de Schengen

Autor: Juan de Miguel Zaragoza
Magistrado (J)
Vocal de la Comisión General de Codificación

Resumen

El trabajo comienza recordando algunos aspectos del principio de flexibilidad que sirven de precedente histórico a la institucionalización de la “cooperación reforzada” en el Tratado de Ámsterdam y que han permitido hablar de una Europa “a la carta”, o a “dos velocidades” o de “Europa fortaleza”. Se estudia el planteamiento de esta cuestión en la Constitución Europea, sus límites y condicionamientos, insistiéndose en su dimensión constitucional como “último recurso”, cuando el Consejo de Ministros constate un bloqueo prácticamente irreversible, aunque pueden sumarse posteriormente aquellos Estados no incluidos en ese tercio de Estados legitimados para solicitar una cooperación reforzada. Se destaca que el derecho creado así no constituye acervo de la Unión ni obliga a candidatos posteriores. En un ejercicio de prospección de una posible cooperación reforzada, se hace un inventario de textos ya adoptados y de los objetivos de la Unión, insistiéndose en el del reconocimiento mutuo de sentencias y otras resoluciones. Se recuerda que la cooperación reforzada no puede aplicarse a las competencias exclusivas, pero sí a la cooperación judicial que es una competencia compartida.

Termina el trabajo con una radiografía del sistema de Schengen, tras su incorporación como acervo por el Tratado de Ámsterdam y su incidencia en el Convenio de 1990, de normas posteriores como el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000 o la decisión marco sobre la euroorden de 2002. Se pasa revista a la posición de Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, Islandia, y Noruega y se concluye que este modelo de cooperación reforzada, único existente, está prácticamente agotado.

Palabras Clave: Constitución Europea, Convenios Schengen, Cooperación penal, Cooperación penal reforzada, Ámbitos cooperación, Fuentes cooperación, Extradición, Traslado condenados, Principio non bis in idem y Euroorden

Summary

The study begins by reflecting on some of the aspects of the flexibility principle that serve a historical precedent to the institutionalisation of “closer cooperation” enshrined in the Treaty of Amsterdam, thus enabling us to talk about Europe “à la carte”, “two-speed” Europe or “fortress Europe”. This article examines the approach to this issue adopted in the European Constitution, exploring its limitations and conditioning factors and stressing that the constitutional dimension is a “last resource”, employed whenever the Council of Ministers perceives an impasse that is virtually impossible to overcome, although those States not included in this group of legitimised States may be entitled to request closer cooperation at a later date. It highlights that any right thus created neither constitutes a European Union heritage nor places any obligation on subsequent candidates. In a research exercise on potential closer cooperation, we perform an inventory of texts already adopted and of EU objectives, focusing on the mutual recognition of rulings and other resolutions. The study also points out that closer cooperation cannot be applied to exclusive competences, whereas it can be applied to judicial cooperation as a shared competence.

The study closes with an examination of the Schengen information system, following its incorporation as a heritage from the Treaty of Amsterdam and its impact on the 1990 Convention, together with analysis of later regulations such as the 2000 Convention on criminal legal aid or the framework decision on the Euro mandate 2002. The position of Denmark, the United Kingdom, Ireland, Iceland and Norway are reviewed and the study draws the conclusion that this model of closer cooperation, which is the only one in existence, has been virtually exhausted.

Key words: European Constitution, Schengen Agreement, Criminal Cooperation, Closer Criminal Cooperation, Co-operation areas, Co-operation sources, Extradition, Transfer of prisoners, Non bis in idem principle and Euro mandate.

Recibido: 15.02.2006

Aceptado: 07.04.2006

I. Introducción

A lo largo del proceso de integración europea han ido apareciendo manifestaciones del principio de flexibilidad, que se han traducido en regímenes diferenciados, al menos en cuanto al factor tiempo, por ejemplo, para la trasposición de directivas o periodos transitorios en las actas de adhesión, con objeto de resolver la tensión entre profundización y ampliación¹. En un ejemplo más reciente, vemos en la Constitución, excepciones para Estonia y Hungría en materia de movimiento de capitales (art. III – 173), o en materia de política de transportes, en relación a Alemania, como consecuencia de los problemas de la reunificación (art. III – 173).

En el lenguaje de las burocracias y de los medios de comunicación se habla de la Europa “a dos velocidades”, “a la carta”, “a geometría variable”, a “círculos”, o “de núcleo duro”, etc.².

A esta finalidad responde la reiterada utilización en los tratados de la antigua cooperación política Europea (CPE), de una técnica bien conocida en Derecho Internacional como es la aplicación provisional o anticipada, técnica que se sigue utilizando en textos más modernos, como el Convenio de asistencia Judicial en materia penal de 2000 (artículo 27.5) o en la Decisión Marco de 2002 relativa a la orden de detención europea (artículo 34.2), permitiendo que tales textos entren en vigor para aquellos Estados miembros (en lo sucesivo EM) que hayan efectuado una declaración en tal sentido. Esta decisión marco establece además un régimen transitorio para Austria, hasta 31.12.2008, sobre la entrega de nacionales, hasta la modificación de su legislación³.

En el orden civil hay manifestaciones de esta flexibilidad en el Reglamento 44/2001 de 22.12. 2000 sobre ejecución de sentencias civiles, por ejemplo respecto a la intervención de terceros en el proceso, para Austria o Alemania (artículo 65) o una norma especial de competencia relativa a Dinamarca.

Un ejemplo significativo de flexibilidad mediante regímenes diferenciados en materia de cooperación procesal penal es la particular posición de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, establecida en dos Protocolos al Tratado de Ámsterdam, en relación a su participación en el Título IV, relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, (arts. 61 a 69 del Tratado CE) que en principio no les vincula aunque pueden solicitar su participación, caso por caso.

¹ Alfonso Dastis, en *Reflexiones en torno al tratado de Ámsterdam*. Edición Comares 2000. Coordinador Faramiñán, p. 201 ss.

En el mismo sentido. *El Tratado de Ámsterdam*. Edición Mc. Graww Hill 1998, vol. I p.602. Director M. Oreja.

² Ver Mariola Urrea Corres. *La Cooperación reforzada en la Unión Europea*. Colex 2002. [Se trata de una obra exhaustiva, apoyada en una excelente bibliografía por lo que es poco útil tratar aspectos exhaustivamente analizados en ella].

³ Sobre los Convenios de la CPE, puede consultarse Juan de Miguel Zaragoza. *El espacio judicial comunitario en el Vol. El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*. Civitas 1992. p. 1029 ss.

El ejemplo más significativo de una cooperación reforzada, “avant la lettre”, precisamente por haberse producido fuera del derecho comunitario, fue el espacio judicial penal creado por el Acuerdo de Schengen de 1985 y el Convenio de Aplicación de dicho Acuerdo de 1990 (CAAS), creando lo que entonces se definió como la “Europa fortaleza”.

Un documento de reflexión sobre la cooperación reforzada presentado por el Praesidium, a la Convención que ha elaborado la Constitución, de 14 de mayo de 2003 (CONV 723/03), contenía el siguiente análisis:

“Dicho instrumento tiene por objeto permitir e incitar a un grupo de Estados miembros a cooperar en el marco de la Unión, en vez de fuera de ella...”

Otro documento de reflexión presentado por la Delegación de Portugal al Consejo Europeo de Feira (CONFER 4750/00 de 14.6.2000)⁴, decía, en la misma línea de análisis, que la cooperación reforzada :

“Es la mejor respuesta a la tentación que pudieran tener determinados Estados miembros de llevar a cabo otras cooperaciones al margen del Tratado, lo que perjudicaría a la coherencia de la actuación de la Unión”

Desde la reflexión académica se llega también al mismo análisis. Como ha dicho la Profesora Mangas⁵:

“ ... las exigencias sustantivas y las dificultades formales pueden hacer muy difícil o imposible el recurso a este sistema, que en buena medida está pensado para que no pueda funcionar y disuadir a los Estados que deseen parcelar la integración y evitar que unos cuantos establezcan el modelo a los demás”.

Acaso sin pretenderlo, esta aproximación teórica, recuerda una herramienta de análisis utilizada por la sociología cuando diferencia las “ funciones manifiestas” y las “ funciones latentes”, que operan en un sistema social. La pervivencia de las funciones latentes depende precisamente de que no se manifiesten abiertamente ni sean percibidas en su verdadera naturaleza⁶.

El Tratado de Ámsterdam reguló, por primera vez, la técnica de la cooperación reforzada, a través de unas normas horizontales (arts., 43 a 45) y unas normas secto-

⁴ Cit. por Urrea, ob. cit. p. 99, cita 161.

⁵ Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza, en el Vol. Tratado de Niza. Colex 2002, p. 67.

⁶ Es la Tipología de Merton, citado en Green y Johns. Introducción a la Sociología. Labor 1969, p. 111. Ver también, Juan de Miguel Zaragoza. Las “funciones latentes” del Tribunal Constitucional. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 5 Mayo 1981, n.º. 1238.

riales, referidas a la Comunidad Europea (art., 11 del TCE) y a la cooperación policial y judicial, el “tercer pilar”, (art., 40 del TUE).

El Tratado de Niza, mantuvo dicha técnica, con algunas modificaciones y entre ellas suprimiendo el derecho de veto que podían oponer los Estados “por motivos importantes y explícitos de política nacional”, (art., 40 del TUE) lo que impedía decidir por mayoría cualificada, trasladándose la competencia para la autorización al Consejo Europeo, que deberá decidir por unanimidad. También se modificó el número de Estados miembros para establecer una cooperación reforzada que en Ámsterdam era una mayoría - y, por tanto, variable al ampliarse la Unión -, mientras en Niza se estableció un umbral fijo de ocho EM.

Desde otra perspectiva, la cooperación reforzada puede entenderse, como un contrapeso al monopolio de la iniciativa legislativa que la Constitución reserva a la Comisión (art. I. 26.2), salvo que la Constitución disponga otra cosa.

Una de esas excepciones es precisamente la cooperación reforzada.

Otra excepción y bien significativa es la cooperación judicial penal, pues en este ámbito hay derecho de iniciativa de una cuarta parte de EM (art. III 264).

En la historia de la Unión Europea, se han promulgado algunas normas que obedecen a iniciativa de un EM o de unos pocos, por ejemplo: la DM 2003/ 577/ J A I de 22. Julio 2003 sobre ejecución de resoluciones de embargo (iniciativa de Francia, Suecia y Bélgica), o el Rgto. 4224 de 6.12.2001 relativo al Sistema de Información Schengen (SIS II) de segunda generación (iniciativa de Bélgica y Suecia), o la DM de 29. Mayo de 2000 sobre falsificación de euro (iniciativa de Alemania).

II. La cooperación reforzada en la Constitución Europea

La Constitución europea también regula la cooperación reforzada, manteniendo básicamente la estructura de los textos anteriores, pues difícilmente podría ser de otra manera.

Las cooperaciones reforzadas se regulan en dos lugares de la Constitución, a saber en la Parte I, que regula los objetivos de la Unión y en la Parte III (416 y ss) donde se establecen normas orgánicas y procesales.

Los elementos de esta estructura son los siguientes:

1. Objetivos.

Impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración, estando abierta a todos los Estados miembros. Formulada este objetivo en sentido negativo, no afectarían negativamente al mercado anterior, ni a la cohesión económica, social y territorial (arts. I.44 y III. 416).

2. Último recurso.

Este elemento viene desde el Tratado de Ámsterdam. El artículo I. 44 de la Cons-

titución dice que la autorización la concederá el Consejo de Ministros, “como último recurso, en caso de que se haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no puede alcanzarlos en un plazo razonable la Unión en su conjunto...”.

Este elemento nunca ha sido discutido, pero en donde han surgido las dudas ha sido en el procedimiento para constatar que existe un bloqueo, pues se ha sostenido a partir del texto de Ámsterdam que era preciso seguir todo el iter legislativo incluida la fase de votación para constatar tal situación. Por el contrario, el texto de Niza y el texto de la Constitución, permiten la interpretación contraria, de manera que el Consejo puede constatar, al margen del procedimiento legislativo, la existencia de tal bloqueo, tal y como aparece en los trabajos de la Convención (doc. CONV. 723/03, citado en el apartado I, páginas 4 y 5). El fundamento de esta tesis es que ya no se dice, que no se hayan podido alcanzar los objetivos de los Tratados, “por medio de los procedimientos establecidos en los mismos”.

En el ámbito específico de la cooperación penal, hay un cauce específico para iniciar una cooperación reforzada, cuando un proyecto de ley marco quede bloqueado por algún Estado, alegando que afecta a aspectos fundamentales de su sistema jurídico y el Consejo Europeo no adopte una decisión en el plazo de cuatro meses o si en el plazo de 12 meses, la Comisión o los Estados no han presentado un nuevo proyecto. En tal hipótesis, un tercio de EM quedan autorizados a establecer una cooperación reforzada (III. 270. 4 y 271.4)

3. Ámbito.

En los trabajos preparatorios de la Convención, se puso en relación el carácter de último recurso, con la tipología de la cooperación reforzada, apuntando que, “la condición de último recurso podría suponer que una cooperación reforzada solo pueda ponerse en marcha para adoptar actos concretos”, pero en el mismo documento de reflexión que hemos citado, se añadía que “si este mecanismo resulta poco apropiado para adoptar actos concretos o al contrario para abarcar grandes ámbitos de políticas, podría en cambio ser útil para cubrir un ámbito de actuación intermedio, como pueden ser determinados aspectos de una política o también para prolongar ciertos sistemas de flexibilidad preestablecidos en el Tratado”, (pags. 9 y 10 del documento).

Estos enigmas no han sido despejados por el texto constitucional, puesto que se limita a indicar, que los EM que solicitan autorización para una cooperación reforzada, “precisarán el ámbito de aplicación y los objetivos perseguidos” (III 419). En nuestra opinión y a la luz de lo legislado hasta el presente, una cooperación reforzada debe referirse a ámbitos concretos, mediante actos normativos operativos y no a una especie de libro verde que señale grandes objetivos.

En todo caso, la cooperación reforzada, tiene como límite infranqueable, que no es posible en relación a las competencias llamadas exclusivas (art. I.13) sino en relación a las competencias compartidas (art. I.14) entre las que se encuentra la coope-

ración judicial penal, dentro de una competencia genérica referida al espacio de libertad, seguridad y justicia.

4. Procedimiento.

La Constitución refuerza la competencia de la Comisión, quien tiene el monopolio del inicio del proceso, puesto que los Estados solicitantes de una cooperación reforzada, no pueden dirigirse directamente al Consejo, sino a la Comisión. Se ha suprimido la competencia que atribuía a los Estados el tratado de Niza, para dirigirse al Consejo, como una instancia de apelación, cuando la Comisión no diese curso a una solicitud de los Estados (III-419).

Se ha modificado también el número de Estados miembros necesario para una solicitud de cooperación, que pasa de ocho, en Niza (art. 43 g) a un tercio en la Constitución (I-44.2). La autorización se concederá por decisión del Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión y aprobación del Parlamento Europeo. Esta decisión será por unanimidad, en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

Ya en el interior de la cooperación reforzada, la unanimidad estará constituida únicamente por los votos de los representantes de los EM participantes. Los Ministros de los EM no participantes pueden intervenir en las deliberaciones pero sin derecho de voto. La mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que represente a los Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos Estados.

La minoría de bloqueo estará compuesta por el número mínimo de los miembros del Consejo que represente más del 35% de la población de los Estados participantes más un miembro.

5. La inserción de la cooperación reforzada en el derecho de la Unión.

Tal y como estableció el artículo 44 del Tratado de Niza y reitera la Constitución (art. 1-44.4), los actos y decisiones no formarán parte del acervo de la Unión y no estarán obligados a aceptarlos los futuros EM, sin perjuicio del derecho de cualquiera de ellos a solicitar su inclusión por los procedimientos establecidos, en los que la Comisión tiene una función fundamental de control de las condiciones para la adhesión.

III. Realidades y perspectivas para una cooperación reforzada

Para intentar el ejercicio de identificar ámbitos susceptibles de acciones concretas de cooperación reforzada, parece de buen método inventariar los textos normativos más significativos, ya adoptados y los objetivos constitucionales.

Para tal inventario se toma un periodo histórico significativo, como puede ser la última década y para los objetivos constitucionales la referencia es a corto y medio

plazo (2.009), pues existen habilitaciones constitucionales para su ampliación, difíciles de precisar en el presente periodo.

III.1 Inventario de actos normativos

III.1.1 Derecho penal sustantivo.

Los tipos penales regulados han sido los siguientes:

- Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.
Convenio de 26 Julio 1995, Protocolo de 27 Septiembre 1996 y segundo Protocolo de 19 Junio 1997.
- Corrupción de funcionarios de las Comunidades Europeas y nacionales.
Convenio de 26 Mayo 1997.
- Trata de seres humanos y explotación sexual de menores.
Acción Común de 24 Febrero 1997, parcialmente derogada. Decisión marco de 19. Julio. 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.
Decisión marco de 22. Diciembre. 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- Decisiones de privación del derecho de conducir.
Convenio de 17 Junio 1998.
- Criminalidad organizada.
Acción Común de 21 Diciembre 1998 relativa a la participación en una organización delictiva.
- Fraude y falsificación de medios de pago.
Decisión marco de 28. Mayo 2001.
- Falsificación del euro.
Decisión marco de 29 Mayo 2000, modificada por la Decisión marco de 6.12.2001.
- Blanqueo y confiscación de capitales y producto del delito.
Decisión marco de 26 Junio 2001.
- Terrorismo.
Decisión marco de 13 Junio 2002 y Posición Común de 27 Diciembre 2001 actualizada por la posición común 2005/220/ de 14 de marzo de 2005, que incluye a ETA y sus afines, como Batasuna.
- Protección penal del medio ambiente.
Decisión marco de 27 Enero 2003.
- Corrupción en el sector privado.
Decisión marco de 23 Julio 2003.

Desborda los límites de este trabajo analizar cada uno de los tipos delictivos indicados, y es suficiente con destacar algunos de los principales elementos, aunque no en todos existe un diseño idéntico y generalizado. Estos pueden ser:

- a) Se sancionan conductas dolosas, aunque excepcionalmente, la DM sobre medio ambiente, sanciona la comisión imprudente.
- b) Está generalizada la punición de diversas formas de participación y de ejecución aunque con una terminología imprecisa: inducción, incitación, tentativa, complicidad (v.g: DM sobre terrorismo, art., 4, o Convenio PIF art.,
- c) En orden a las penas, esta generalizada una fórmula, que ya constituye una cláusula de estilo como que las penas sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, estableciéndose por lo general un umbral mínimo, el que permite conceder la extradición, que en los textos internacionales se sitúa generalmente en 12 meses. Excepcionalmente, se señalan penas más precisas, como en materia de terrorismo donde hay una horquilla entre ocho y quince años, como umbral mínimo o de cuatro años en materia de blanqueo de capitales o de ocho años en materia de trata de seres humanos o entre cinco y diez años, en materia de pornografía infantil.
- d) Se está generalizando la responsabilidad de las personas jurídicas, “penal o administrativa”, con sanciones pecuniarias y con sanciones accesorias, como la privación de ayudas públicas o la disolución judicial.
- e) Finalmente y como consecuencia de la internacionalidad de estos delitos, se prevé la extradición y otras formas de cooperación que serán analizadas más adelante.

III.1.2. Perspectiva Constitucional

La Constitución europea configura la cooperación judicial, como una competencia compartida (art., I-14.2), estableciendo sus grandes líneas o más exactamente su filosofía en el artículo I-42 donde se define el espacio de libertad, seguridad y justicia.

La Constitución europea (art. III. 270), delimita la competencia de la Unión según un diseño que parece corresponder, en primera lectura, al que existía en los Tratados de Ámsterdam y Niza, al focalizar la acción normativa futura en relación a un reducido bloque de delitos, a saber:

- Terrorismo.
- Trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños.
- Tráfico ilícito de drogas y de armas.
- Blanqueo de capitales.
- Corrupción.
- Falsificación de medios de pago.
- Delincuencia informática y,
- Delincuencia organizada.

En relación al artículo 29 del TUE, aparecen áreas nuevas, como son: la delincuencia informática, el blanqueo y la falsificación de medios de pago. Es nueva también la referencia a las mujeres. No se hace referencia al fraude.

Hay un miembro de frase del artículo 29 del TUE, que se omite en la Constitución y que no es intrascendente, pues allí se atribuía competencia en relación a la criminalidad organizada, “o no”, mientras en la Constitución solo se hace referencia a la criminalidad organizada. En consecuencia, en el TUE, existe una competencia general y la lista de delitos es solo ejemplificativa, mientras en la Constitución es exhaustiva. Para ampliar esa lista es necesario una decisión del Consejo, que exige unanimidad, con lo que aquella lista puede quedar congelada. La comunicación de 2. Julio 2004 de la Comisión al Consejo y al Parlamento relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia [SEC (2004) 680 y SEC (2004) 693], fija los objetivos hasta 2009, pero en lo que concierne al derecho penal sustantivo, tras una apelación genérica a una política penal coherente, solo se prevé una acción específica en orden a establecer límites mínimos de sanciones para determinadas infracciones.

En todo caso, la acción normativa en materia penal está acotada, por estos otros condicionamientos:

- Adopción de normas mínimas.
- Dimensión transfronteriza, derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas, según criterios comunes.
- Gravedad de los delitos.

Esta serie de condicionamientos responde a una exigencia estructural, -que no pasó desapercibida a los redactores del texto constitucional- como es, “la necesidad de una delimitación más rigurosa de las competencias para que puedan ser aplicables a este sector las normas generales de decisión...” (doc. CONV 624/03 de 14.3.2003, p.25). El Grupo de trabajo entendió que incluso si no concurre una dimensión transnacional, hay competencia de la Unión, “cuando exista una necesidad particular” de combatir una determinada forma de delincuencia, por ejemplo: el terrorismo, (Informe final del Grupo X, de 2.12.2002, CONV 426/02, WGX 14). Pero aquí anida una posible disfunción que quizás haya constatado quien haya participado en grupos de trabajo y que el Praesidium advertía a la Convención, consistente en dar carácter transeuropeo a lo que pueda constituir una prioridad política de algún Estado en un momento dado, por ejemplo, delitos sexuales o medioambientales, estableciendo prioridades a través del derecho de iniciativa de los Estados o el carácter rotatorio de la Presidencia (doc. del Praesidium a la Convención de 31. Mayo 2002, CONV 69/02.p.6).

III.2. Derecho Procesal Penal

El TUE en sus versiones de Ámsterdam y Niza (art. 31) contiene un núcleo de preceptos de carácter procesal, que complementan los de carácter sustantivo, previstos o desarrollados ya.

En la década que venimos examinando se han adoptado una serie de instrumentos de diferente naturaleza y valor en el plano jurídico, contenidos en normas sectoriales u horizontales, que seguidamente se relacionan, sin apenas comentarios, a los que se añadirán otros de síntesis.

III.2.1. Textos sectoriales

Son los citados en el apartado III. 1.1 (de este trabajo), que contienen normas de cooperación judicial, p.e., en materia de extradición. A ellos debe añadirse la Decisión 2003/335/JAI de 8 Mayo 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y el Convenio de 18.12.1997 relativo a la asistencia mutua entre las administraciones aduaneras (SIA), que contiene ciertos preceptos de asistencia judicial penal.

III.2.2. Textos horizontales

- Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 Mayo 2000. Es un código completo de asistencia judicial en materia penal que supera ampliamente el Convenio del Consejo de Europa, del que sin embargo es complementario.
- Protocolo al citado Convenio de 10 Octubre 2001.
- Decisión marco de 13 Junio 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que derogó los Convenios de extradición de 1995 y 1996. A despecho de la terminología, lo que en realidad regula es una forma de extradición simplificada.
- Acción Común de 19 Junio 1998 sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal.
- Decisión marco de 20 Junio 2001 relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y decisión marco 2005/212 de 24 de Diciembre de 2005 sobre la misma materia.
- Decisión marco de 13 Junio 2002 sobre equipos conjuntos de investigación.
- Decisión marco de 15 Marzo 2001 (2001/220/JAI) relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y Directiva 2004/80/CE de 26 Abril 2004 sobre indemnización a víctimas de delitos.
- Decisión marco de 22. Julio 2003 relativa a la ejecución de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas.
- Resolución del Consejo de 23.11.1995 relativa a la protección de testigos (DOC 327 de 7.12.1995).
- Resolución del Consejo de 20.12.1996 relativa a colaboradores de la justicia (DOC de 11.1.97).
- Decisión marco 2005/214/JAI de 24 de Febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

III.2.3 *Textos orgánicos y organizativos*

- Acción Común 96/277/JAI de 22 Abril 1996, relativa a los magistrados de enlace.
- Acción Común 98/428/JAI por la que se crea una red judicial europea.
- Reglamento (CE) n° 1073/1999 de 25 Mayo 1999 relativo a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).
- Decisión del Consejo 2002/187/JAI de 28.2.2002 por la que se crea EUROJUST para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia.
- Decisión del Consejo de 22.Julio.2002. Se establece un Programa Marco de cooperación judicial hasta 2009, para apoyar iniciativas nacionales, siempre que concurren al menos dos Estados, pero en realidad no se establecen objetivos específicos [Programa AGIS, DO L 203 de 1.8.2002].

III.2.4. *Perspectiva constitucional*

La Constitución europea, en el artículo III. 270 identifica hasta ocho objetivos específicos de carácter procesal, que en algunos casos son reiterativos de los que establece el TUE.

Se advierte que ya no se menciona la extradición, tras la adopción de la Decisión marco de 2002 sobre la orden europea de detención y entrega y que se sigue omitiendo toda referencia al traslado de personas condenadas pese a su importancia en el tráfico jurídico internacional, a menos que se considere implícito en la cuestión general del reconocimiento de sentencias. En un área específica, como es el terrorismo, se prevén medidas complementarias en materia de movimiento de capitales, como inmovilización de activos (art. IV-160).

Como reflexión general sobre los instrumentos procesales creemos que, se cometería un error de perspectiva, si se olvidase que van a operar sobre un espacio jurídico heterogéneo en el plano sustantivo y que las relaciones no son entre órganos judiciales de un mismo sistema, lo que hace emerger obstáculos a la cooperación, que carecen de sentido en un espacio jurídico único, p.e., la nacionalidad del autor o la prescripción. Así, el convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000 dice en su Exposición de Motivos, que “los principios generales de Derecho Internacional se aplican a situaciones no previstas en el presente Convenio”.

Estos objetivos, que reproducimos sin comentarios específicos⁷ y que en algunos casos ya están en el TUE, son:

- a) Normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en todo el territorio de la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales.
- b) Prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros.

⁷ Ver comentarios más específicos de Juan de Miguel Zaragoza. La cooperación judicial penal en la Constitución Europea. B.I.M.J. 15.10.2004, n°. 1975.

- c) Fomentar la formación de los magistrados y personal de la administración de justicia.
- d) Facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes en el marco de las acciones penales y de la ejecución de resoluciones.
- e) Admisibilidad mutua de pruebas.
- f) Derechos de las personas mediante el proceso penal.
- g) Derechos de las víctimas.

Esta lista no es cerrada, sino que puede ampliarse mediante “decisión europea”, del Consejo de Ministros, por unanimidad y aprobación del Parlamento Europeo. Recordemos que la “decisión europea” es un acto no legislativo, aunque obligatorio en todos sus elementos (I.33.1). Los Estados pueden paralizar cualquier proyecto normativo (ley marco, necesariamente) si “lesiona principios fundamentales de su sistema jurídico”, pudiendo en tal caso el Consejo Europeo pedir a la Comisión o al grupo de Estados autores del Proyecto que lo reelaboren, lo que entrañaría que ha sido rechazado. Aunque no se menciona la observación y persecución transfronteriza, que ya está en Schengen, podría establecerse en el futuro, puesto que el artículo III 277 remite a una futura ley o ley marco la regulación de las condiciones y límites con arreglo a las cuales, las autoridades de un Estado, pueden actuar en otro Estado.

Los objetivos a) y d) se solapan casi totalmente.

Los objetivos e) y f) y g) son instrumentales de otro objetivo más amplio como es el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, pues sólo se puede normar en tales áreas, “en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales...”. Las normas permitidas son solo de mínimos y solo para asuntos penales de dimensión transfronteriza (171.2). Para los objetivos a) a d) se puede legislar por vía de ley europea o ley marco, mientras para los restantes solo se puede utilizar la ley marco.

El núcleo de la acción normativa en el ámbito procesal es el referido al reconocimiento y ejecución de sentencias o resoluciones de otro tipo, aludiéndose hasta cuatro veces a esta cuestión en el mismo artículo (III-270). No debe sorprender este énfasis, si se considera que no hay equivalente en el área penal al Reglamento 44/2001 de 22.12.2001 sobre ejecución de sentencias civiles, o al Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil o al Reglamento 805/2004 relativo al título ejecutivo europeo.

En un documento básico, de la Secretaria a la Convención, en el tramo final de elaboración de la Constitución el 14.3.2003 (CONV 614/03. p. 21) aparece muy claramente este planteamiento pues el proyecto del artículo dice:

“La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basa en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las legislaciones en los ámbitos contemplados en los artículos [.....]”.

Establecido tal objetivo en el artículo 31 a) del Tratado de Ámsterdam, no ha dejado de ser reiterado con otros textos de diferente nivel, como el Informe de la Comisión de 31.7.1998 (doc. 10787/99, JAI 26 de 31 Julio 1998) que precede en unos meses al Plan de Acción de Viena adoptado por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de Diciembre en Viena (dic. 12028/4/98, JAI 31), punto 44 1) y 48 c) y, como tantas veces se ha repetido, en el Consejo Europeo de Tampere de Octubre 1999, punto 33, así como en la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 2 de Junio 2004 punto 2.8 y en la que se incluyen propuestas⁹ en diversos ámbitos, que hemos visto después reproducidos casi literalmente en la Constitución.

En los textos citados –normativos o de reflexión- la referencia a la ejecución de sentencias se reduce apenas a la frase en que se enuncia, sin contener el menor elemento que permita más aproximación a los posibles elementos para su regulación positiva.

A la vista de los trabajos preparatorios de Viena y Tampere, cabe preguntarse si cuando se formulaban o secundaban propuestas a este respecto había detrás un proyecto articulado o al menos un diseño de los elementos que permitiesen elaborarlo¹⁰.

La concreción de la fórmula genérica, “ ejecución de sentencias penales”, despojándola de lo que tiene de mensaje político, exige como primer paso, considerar que de lo que se trata es de ejecutar penas y concretamente y al menos, las privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias. Un ejemplo, el único, es la Decisión marco 2005/214/JAI de 24 de Febrero de 2005 sobre ejecución de sanciones pecuniarias.

Existe ya un instrumento del Consejo de Europa, el Convenio n° 70 de 28 de Mayo de 1970 sobre el valor internacional de las sentencias penales y un Convenio de la CPE de 13.11.1991, para facilitar la aplicación de aquel entre los EM. Pese al tiempo transcurrido desde su adopción, el éxito ha sido escaso, no habiendo ratificado el primero, países como Alemania, Francia, Italia o el Reino Unido, aunque España si lo ha hecho. Por otra parte, el núcleo de aquel Convenio, el relativo a la ejecución de las penas privativas de libertad ha sido sustituida por otro Convenio del Consejo de Europa, que si ha tenido éxito, como es el Convenio de 1983, relativo al traslado de condenados.

Puede concluirse que el citado Convenio no es un buen modelo teórico para futuros trabajos, aunque naturalmente contiene algunos elementos aprovechables¹¹. Un modelo teórico deseable para una norma en la Unión, podría tener carácter

⁸ Se atribuye una nueva competencia en lo relativo a la “solución” que no estaba en el TUE. Ver Juan de Miguel Zaragoza y Francisco Bueno Arús. Manual de Derecho Penal Internacional. Icade 2003.

⁹ Texto en B.I.M.J. de 15.Octubre 2004 n°. 1978, pags. 216 y ss.

¹⁰ Una excepción es el documento del Reino Unido al Comité K.4 DE 29.3.1999 CRIMORG 35, JUST-PEN 18, aunque mezcla la ejecución de condenas con otros aspectos, como la extradición.

¹¹ Para un análisis más en profundidad puede verse; Francisco Bueno Arús, Juan de Miguel Zaragoza. Manual de Derecho Penal Internacional. ICADE. 2003. p. 303. ss.

“doble”. -como se dijo respecto al Convenio de Bruselas de 1968 sobre el exequatur- en el sentido de que contuviese también normas de competencia, con lo que se cumpliría además con uno de los objetivos constitucionales que hemos citado, como es la prevención de conflictos de jurisdicciones internacionales. Ciertos aspectos no podrán ser olvidados, como la excepción de orden público, la cosa juzgada o, la litispendencia, o las sentencias en rebeldía. Estos aspectos y otros más, evidencian la dificultad técnica de una norma futura por lo que en este ámbito podría ser útil acudir a la técnica de la cooperación reforzada.

Fuera de este ámbito, no es fácil identificar que otros podrían ser susceptibles de cooperación reforzada, aunque ninguno está excluido, dentro, obviamente del ámbito competencial examinado. En los proyectos existentes, no aparecen grandes cuerpos normativos, como un código penal o un código procesal.

IV. Un modelo de cooperación reforzada: Los pactos de Schengen

IV.1. Recuerdo de algunos datos históricos

El único modelo de cooperación reforzada penal existente, es el contenido en el Acuerdo de 14 de Junio de 1985 y el Convenio de aplicación de dicho Acuerdo de 19 de Junio de 1990, relativos a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (CAAS). Dichos pactos iniciales fueron adoptados por los tres países del Benelux, Francia y Alemania.

En estos pactos se contienen normas relativas a extradición, asistencia judicial en materia penal, traslado de condenados y aplicación del principio non bis in idem. Esas normas son complementarias de unos convenios marco del Consejo de Europa, que se aplican selectivamente entre aquellos Estados, por ejemplo, retirando las reservas formuladas en el ámbito más amplio del Consejo de Europa. Las normas referentes al principio non bis in idem, son autónomas, pues no existe un Convenio del Consejo de Europa sobre esa cuestión. Este bloque normativo constituye pues un subsistema del Consejo de Europa¹².

Nacido extramuros del sistema comunitario, contenía, sin embargo, una cláusula de preferencia comunitaria, de manera que solo sería aplicable tal corpus en la medida en que fuere compatible con el derecho comunitario (art., 134 del CAAS). Los Estados que se han ido adhiriendo a la Comunidad Europea, como España o Portugal, lo han hecho también a Schengen, hasta un número de trece, en el momento de adoptarse el tratado de Ámsterdam.

¹² Juan de Miguel Zaragoza. La cooperación judicial de los Pactos de Schengen, en la separata del B.I.M.J. n.º. 1676 de 5.7.1993.

IV.2. La incorporación de Schengen al derecho comunitario

Por un acto de derecho primario, el acervo de Schengen se “integra” en el marco de la Unión Europea, por medio de un Protocolo anejo al tratado de Ámsterdam. El Protocolo se completa por una declaración sobre el mantenimiento del nivel de protección y seguridad que ofrece el acervo de Schengen, la Declaración n.º. 45 que contiene una declaración de intenciones sobre la participación eventual del Reino Unido e Irlanda y la Declaración 46 por la que los Estados Schengen se comprometen a “hacer todo lo que este en su mano para posibilitar la actuación de todos los Estados miembros en el ámbito del acervo Schengen”.

En virtud del Protocolo citado, se establece directamente una cooperación reforzada entre trece Estados miembros –incluida Dinamarca fundadora de Schengen- y sin incluir en una primera etapa al Reino Unido e Irlanda. Esta cooperación reforzada es singular pues se produce sin utilizar el marco general de la cooperación reforzada que estableció el TUE (art. 11 del TCE y art. 40 y 43 de TUE).

El acervo de Schengen, incluidas las decisiones del Comité Ejecutivo es inmediatamente aplicable a los¹³ EM.

El acervo de Schengen no es una denominación genérica sino un listado de tres bloques normativos, constituidos por los Pactos de 1985 y 1990, los Protocolos de adhesión de nuevos EM y las Decisiones y Declaraciones del Comité Ejecutivo, máximo órgano político, constituido a nivel de Ministros, por ejemplo las Decisiones SCH/Com-ex (93)¹⁴ sobre cooperación judicial en materia de estupefacientes o la Declaración SCH (Com-ex (96) 6, sobre extradición.

La base jurídica para tal integración -en tanto no se establezca otra específica- fue el título VI del Tratado de Ámsterdam (arts. 29 a 42) que regula la cooperación judicial penal, antecedente de los artículos III 416 - 423 de la Constitución Europea.

Dos Decisiones del Consejo adoptadas el 20 de Mayo de 1999 (n.ºs. 435 y 436), producen la llamada “ventilación” del acervo, inventariándose y estableciendo la base jurídica de las distintas disposiciones de Schengen (DOL 176 de 10.7.1999). Se realizó un expurgo de aquellas disposiciones que habían sido sustituidas por otras, por ejemplo por el Convenio de Dublín de 1990 sobre asilo o las Directivas 91/477/CEE sobre armas de fuego o que habían perdido su objeto por el paso del tiempo u otros hechos (Preámbulo de la Decisión 435). Sobre este planteamiento general existen situaciones particulares de algunos Estados, que a continuación se citan.

Dinamarca, que tiene una posición particular, en virtud del artículo 3 del Protocolo antes citado y otro Protocolo especial, aunque no queda vinculada por el Título

¹³ Ver Juan de Miguel Zaragoza. Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la detención europea y a los procedimientos de entrega. Actualidad Penal. n.º. 4 de 26.1.2003.

¹⁴ La cita del texto de la sub-red, se encuentra en Joaquín Delgado Barrio. La orden de detención europea, en Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial XIII-2003, p. 314.

IV del TUE (asilo, inmigración, etc.), si está vinculado por el título VI (cooperación penal) y por Schengen de cuyos pactos iniciales fue Parte.

El Reino Unido e Irlanda, tienen también una posición especial, en virtud del artículo 5 del citado Protocolo.

Las relaciones del Reino Unido, a efectos del acervo de Schengen, se fijan en una Decisión del Consejo n.º. 2000/365/CE de 29 de Mayo de 2000. En relación a Irlanda, la integración en Schengen se produce por la Decisión n.º. 2002/192/CE de 28 de Febrero de 2002.

En virtud de ambas decisiones se aceptan las normas relativas a la cooperación judicial penal, incluido el art. 64 que regula las “descripciones” en el sistema de Información Schengen (SIS), como equivalente a una orden internacional de detención. No quedan obligados, sin embargo, por las “descripciones” relativas a la lista de extranjeros “no admisibles” (art. 96).

Las normas sobre Schengen son también aplicables a Gibraltar (art. 5 de la Decisión), con excepción del citado art. 64, sobre las descripciones relativas en extradición.

Las dos decisiones citadas, contienen un Considerando idéntico donde se dice que “el acervo de Schengen fue concebido y funciona como un conjunto coherente que debe ser plenamente aceptado y aplicado por todos los Estados que apoyan el principio de la supresión de los controles de las personas en sus fronteras comunes” y dado que estos Estados no aplican íntegramente ese sistema, es por lo que hay excepciones, en ámbitos distintos de la cooperación penal.

Por lo que se refiere a Noruega e Islandia, países no miembros de la Unión Europea, el Protocolo citado estableció que serían asociados a la ejecución del acervo de Schengen (art. 6). La asociación de estos dos Estados se produjo por el Acuerdo de 18 de Mayo de 1999. En virtud de un Acuerdo entre la Unión Europea y dichos dos países de 19.12.2003 [DO L 26 de 29.1.2004] es aplicable el Convenio de la Unión Europea de 29 Mayo 2000 de asistencia judicial en materia penal y su Protocolo de ¹⁵. Octubre de 2001, en su totalidad, bien en cuanto medidas de desarrollo de Schengen, bien por aceptación del resto de manera autónoma.

Estos planteamientos se mantienen, tras la adopción de la Constitución Europea, mediante el Protocolo n.º. 17, estableciéndose en el artículo 1 una cooperación reforzada, de derecho primario extendiendo el acervo de Schengen a la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Estonia, y la República Eslovaca.

¹⁵ Reglamento (CE) n.º. 2424/2001 de 6.12.2001 sobre el desarrollo del sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y Decisión del Consejo de 6.12.2001 (2001/886/JMI sobre el SIS II).

IV. 3. La situación actual del sistema de Schengen

Como habíamos sintetizado anteriormente, las normas de Schengen relativas a la cooperación judicial penal, -dejando fuera las relativas a la vigilancia y a la persecución transfronteriza- se distribuyen en cuatro áreas:

1. Extradición.
2. Asistencia judicial.
3. Tratado de condenados.
4. Aplicación del principio non bis in idem.

Vamos a examinar la situación actual en esas áreas, tras la adopción de varias normas en el ámbito del derecho de la Unión, del que ya forman parte.

IV.3.1. Extradición

El modelo que se ha ido construyendo, apoyándose en diferentes bases constitucionales (Acta Unica de 1985. Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza y Pactos de Schengen), se concretó en los siguientes instrumentos:

1. Acuerdo entre los doce EM relativo a la simplificación y a la modernización en las formas de transmisión de la solicitud de extradición de 26.Mayo.1989 (Convenio de Donostia / San Sebastián, "Convenio telefax").
2. Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición de 10.3.95.
3. Convenio relativo a la extradición de 27 de Septiembre 1996 (Convenio de Dublín).
4. Capítulo IV del Título III del CAAS (arts. 59 al 66).

Fuera del ámbito de la UE, los EM estaban ligados por otros instrumentos de otra O.I. el Consejo de Europa, como son:

- El CEX de 13.12.1957 y sus dos Protocolos de 15.Octubre.1985 y 17.3.1978.
- Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 17.1.1977, en lo que concierne a la extradición.

Siguiendo la técnica del citado Convenio de San Sebastián (y del CAAS), los Convenios citados del 1 al 4, no fueron convenios autónomos (sino complementarios de los Convenios del Consejo de Europa) (art. 1 de la Convención de 1995 y 1996, y artículo 59 del CAAS), tal y como dice el Informe Explicativo del Convenio de Dublín de 1996 (Do c 191 de 23.12.97), "no podían utilizarse como base jurídica única para una solicitud de extradición". En el plano hermenéutico y tal como dice el citado Informe (p.15), en caso de contradicción, prevalece el Convenio de la Unión.

Esta situación se altera radicalmente por la Decisión marco de 13.Junio.2002, relativa a la orden europea de detención y entrega, cuya Exposición de Motivos (pf.º 11) dice claramente que “la orden de detención europea debe sustituir en las relaciones entre los Estados miembros a todos los instrumentos anteriores relativos a la extradición, incluidas las disposiciones del Título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen relativo a esta cuestión”. El artículo 31 de la Decisión Marco explicita esta derogación aunque matiza y es obvio que solo se refiere a las relaciones entre los Estados miembros. Justamente por ello, algún autor había sugerido que la norma española de trasposición debería ser autosuficiente al no ser aplicables las normas internacionales preexistentes. (13).

Un análisis no enteramente coincidente con este, parece ser sostenido en el Grupo de trabajo sobre la euroorden en el seno del Consejo Judicial del Poder Judicial, dentro de la Sub- red judicial española, donde se sostiene que tales textos son aplicables a los delitos a los que no es aplicable la euroorden, lo que no es comprensible pues la euroorden se aplica a todos los delitos, salvo los que quedan por debajo de un umbral mínimo (p.e. 12 meses de pena privativa de libertad), que tampoco serían susceptibles de extradición. Quizás existe aquí un confucionismo en relación a una lista de 32 delitos que especifica la Decisión Marco, para cuya entrega no es precisa la doble incriminación, lo cual es cuestión distinta, pues también por otros delitos es posible la entrega.

La derogación del artículo 64 del CAAS, relativo a la “descripción” en el SIS como equivalente a la orden de detención, no implica que se pierda esta herramienta de cooperación internacional, pues el art. 9 de la Decisión Marco sobre la euroorden, reitera que “una descripción en el SIS equivaldrá a una orden de detención europea, acompañada de la información que figura en el apartado 1 del artículo 8”. Esta descripción, derogado el artículo 64, se apoya en el art. 95 del CAAS, que regula el SIS.

El problema ahora es el SIS de segunda generación, en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea, pues su capacidad operativa está limitada a 18 Estados por lo que es preciso redefinir la “arquitectura física del sistema, incluida su red de comunicaciones” (15).

IV.3.2. Asistencia judicial en materia penal

Siguiendo un modelo teórico básicamente coincidente con el que hemos expuesto en materia de extradición, el Convenio de Asistencia judicial en materia penal de 29.Mayo.2000, sobre los EM, no se adoptó como un instrumento autónomo, sino complementario del Convenio del Consejo de Europa de 20 Abril de 1959 y otros Convenios vigentes en dicho ámbito, y en consecuencia tales Convenios siguen siendo aplicables para todas las cuestiones no contempladas en el Convenio de la UE. (E. de M. Párrafos 6 y 7), y como también se ha hecho en el ámbito de la extradición, “no

puede ser utilizado por si mismo, como la única base en que sustentar una solicitud de asistencia judicial". (Informe Explicativo de 30.11.2000 (DO L 397 de 29.12.2000).

Los textos afectados por el Convenio de 2000 son:

1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20.4.1959, del Consejo de Europa.
2. Protocolo adicional al Convenio Europeo de 17.3.1978.
3. Disposiciones sobre asistencia judicial del Convenio de 19 Junio 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 Junio 1995.

Tal y como se dice en el Informe Explicativo: el Convenio no complementa sino que deroga algunas disposiciones del CAAS, "clarificando con ello cuales de las disposiciones sobre asistencia judicial del convenio de aplicación de Schengen siguen en vigor y cuales no" (Informes, comentarios al artículo 2).

Los preceptos derogados son:

- a) Artículo 49, letra a) que se refiere a los llamados "reglamentos de orden" que permiten sanciones administrativas aunque con recurso a una instancia judicial, competente especialmente en materia penal, institución conocida en el derecho del Consejo de Europa (Convenios 70 y 73).
- b) Artículo 52, que regulaba el sistema de notificación y entrega de documentos procesales.
- c) Artículo 53, que regulaba las vías de transmisión directa entre autoridades judiciales, de las solicitudes de asistencia.

A este listado de derogación debe añadirse la del artículo 50 y que se refería a la asistencia judicial en relación a delitos en materia de impuestos sobre consumos específicos, impuesto sobre el valor añadido y aduaneros, derogación que se produce en virtud del artículo 8.3 del Protocolo al Convenio de 2000, de 16.Octubre 2001 (DOCE 326, 21.11.2002).

En consecuencia, el acervo Schengen queda reducido a los siguientes preceptos:

- a) Artículo 48, de carácter instrumental en cuanto proclama la complementariedad del CAAS respecto al Convenio del Consejo de Europa.
- b) Artículo 49, apartados b a d) especificando algunos ámbitos materiales de cooperación como los relativos a procedimientos de indemnización por condenas injustificadas, procedimientos de gracia, acciones civiles derivadas de hechos punibles, notificaciones relativas a la ejecución de penas y otras medidas relativas a la suspensión de condenas o penas, artículo 51.

c) Comisiones rogatorias relativas a registros y embargos, (artículo 51) exigiendo doble incriminación, lo que coincide con la reserva española en el Convenio del Consejo de Europa.

Quedan también en vigor las normas relativas a vigilancia y persecución transfronteriza (arts. 40 y 41) situadas en el ámbito de la cooperación policial – pero conexas con actuaciones judiciales.

IV.3.3. Traslado de condenados.

Los EM regulan sus relaciones en este ámbito a través del Convenio del Consejo de Europa de 21.3.1983 complementado entre algunos EM por el Acuerdo relativo a la aplicación de aquel Convenio del CE de 25.5.1987 de manera selectiva entre algunos Estados, de manera que sea aplicable no solo a sus nacionales, sino a los nacionales de otros EM., que presenten vínculos estrechos con el Estado de cumplimiento. Se aplica provisionalmente entre (al menos), España, Dinamarca, Bélgica e Italia.

En relación a este esquema, la variante introducida por el CAAS (arts. 67 a 69) es mínima y casi de valor simplemente burocrático, pues se limita a prever la hipótesis de que un condenado en un Estado Parte se evada hacia el país del cual es nacional, en cuyo caso se puede proceder directamente al cumplimiento de la pena, sin necesidad de conceder primero la extradición y después la vuelta para cumplimiento de condena, evitándose así un trámite inútil. En esta hipótesis específica se prescinde del requisito del consentimiento del condenado, por razones obvias.

Esta parte del CAAS sigue pues en vigor. Un esquema semejante existe en el Marco del Consejo de Europa, en virtud del Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 8.12.1998 ratificado por España.

IV.3.4. Aplicación del principio non bis in idem (arts. 54 a 58).

A diferencia de los preceptos referidos a la extradición, asistencia judicial y traslado de condenados, que son complementarios de Convenios matrices del Consejo de Europa, los preceptos relativos al principio non bis in idem, son autónomos, al no existir un instrumento de carácter horizontal en ese ámbito, salvo preceptos sectoriales en los Convenios sobre ejecución de sentencias penales (Convenio n.º. 70) y sobre transmisión de procesos penales (Convenio n.º. 73), aparte la inclusión en el ámbito de la extradición (y después en la euroorden) como causa obstativa de la extradición o entrega.

El único instrumento anterior al CAAS, fue el Convenio intracomunitario, adoptado en el marco de la CPE el 25.5.1987, sobre el principio non bis in idem, pero tal tratado no ha entrado ni presumiblemente entrará en vigor y que España no firmó cuando se abrió a la firma en Bruselas, con ocasión de un Consejo de Ministros de

Justicia, por contener una cláusula territorial, que permitía su extensión unilateral a Gibraltar y que fue imposible suprimir en el curso de su negociación, aunque la oposición española no fue baldía, pues, -dicho sea, por vía de excursus-, tal cláusula ya no ha vuelto a aparecer en los tratados comunitarios.

Las normas del CAAS, permiten excepcionar a tal principio y en consecuencia legitimar un segundo enjuiciamiento, en relación a delitos que afectan a intereses esenciales del Estado, o contra la seguridad.

Algunos instrumentos comunitarios de carácter sectorial, reproducen el esquema de los citados instrumentos: Convenio sobre actos de Corrupción de funcionarios comunitarios y de los EM de 26.Mayo 1997 (art. 10) o Convenio PIF 25.Junio.1995 (art.7).

La Constitución europea (art. II.110) contiene una garantía limitada de tal principio, pues solo contempla la cosa juzgada en otro Estado de la Unión.

IV.3.5. Síntesis y conclusión

Sintetizando el análisis efectuado, pueden establecerse que partes del Título III referidas a la cooperación judicial penal de Schengen siguen vigentes:

- El art. 49, parcialmente en cuanto se refiere a ciertas materias susceptibles de auxilio judicial internacional:
 - Procedimientos de indemnización por medida de instrucción o condenas injustificadas.
 - Procedimientos de gracia.
 - Acciones civiles derivadas de hechos punibles.
 - Notificación de resoluciones judiciales relativas a la ejecución de penas, multas o pago de costas.
 - Medidas relativas a la suspensión de un veredicto, aplazamiento de la ejecución, puesta de libertad condicional, aplazamiento o interrupción de la ejecución de una pena.
- El artículo 51, sobre comisiones rogatorias relativas a embargos y registros.
- Los artículos 54 a 58, sobre aplicación del principio non bis in idem.
- Los artículos 67 a 69, impropriamente titulados como ejecución de sentencias penales, pues en realidad solo se refieren a un aspecto singular del traslado de condenados como hemos indicado.
- El artículo 95, relativo al SIS, sobre “descripciones”, para las entregas.

La conclusión es que el modelo Schengen está agotado, en lo que concierne a la cooperación judicial penal.

Bibliografía

- BUENO ARÚS, FRANCISCO y DE MIGUEL ZARAGOZA, JUAN (2003), Manual de Derecho Penal Internacional, ICADE.
- DASTIS, ALFONSO, “Reflexiones sobre el Tratado de Ámsterdam”, Comares.
- DELGADO BARRIO, JOAQUÍN (2003), La orden de detención europea. Cuadernos de Derecho Judicial XIII.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, JUAN (1992), El espacio judicial comunitario. El derecho comunitario y su aplicación judicial, Civitas.
- La cooperación judicial penal en la Constitución Europea, B.I.M.J. nº 1975 de 15/10/2004.
- La cooperación judicial en los Pactos de Schengen, B.I.M.J. Nº 1676 DE 05/07/1993.
- La decisión marco relativa a la orden de detención europea, Actualidad penal nº 4 de 26/01/2003.
- OREJA, MARCELINO (1998), “El Tratado de Ámsterdam”, Ediciones Mc Graw Hill.
- URREA CORRES, MARIOLA (2002) “La Cooperación reforzada en el Tratado de Niza”, Volumen El Tratado de Niza, Ed. Codex