

**DE LA TERRITORIALIDAD A LA UNIVERSALIDAD
EN LA PERSECUCION PENAL**

Luis Arroyo Zapatero

DE LA TERRITORIALIDAD A LA UNIVERSALIDAD EN LA PERSECUCION PENAL

Luis Arroyo Zapatero*

1. INTRODUCCIÓN

Los europeos de hoy presenciamos y protagonizamos a un tiempo las dos más grandes transformaciones estatales de la historia del occidente: la destrucción de un super Estado como fue la Unión Soviética y la construcción de otro nuevo, la Unión Europea. Dos fenómenos de signo radicalmente contrario pero que tienen un aspecto común: los dos comportan un radical levantamiento de fronteras para los delincuentes y, a la vez, un cierre de las mismas para los órganos de represión penal.

En lo que a la Unión Europea se refiere resulta incomprensible para un observador externo hasta qué punto resulta contradictorio el fenómeno de unificación económica, política e incluso jurídica, con las dificultades y obstáculos para la unificación del orden penal, un orden que aparece refractario a la europeización, carácter cuya persistencia amenaza con introducir en la vida europea elementos de privilegio y arbitrariedad propios de la Europa medieval que, además de lesionar los valores de nuestra civilización, amenazan el orden económico que pertenece a la esencia de la Unión Europea: un mercado único regido por los principios de libre y leal competencia de los agentes económicos, un orden económico-jurídico incompatible con el principio de libre elección del Príncipe.

Cuanto más avanzan los procesos de unificación – y la instauración del Euro es capital – el estancamiento del orden penal y sancionador en Derechos y territorios jurisdiccionales independientes representa más un retroceso que un retraso. Los penalistas estamos llamados por ello a hacer un esfuerzo que no puede ser sólo teórico, sino también político criminal.

Son dos los problemas principales para la unificación. El primero es estrictamente político y consiste en la resistencia de los estados miembros a renunciar

* Universidade de Castilla La Mancha.

a su exclusividad y autonomía en el ejercicio del poder punitivo en el territorio de su jurisdicción. Se trata en definitiva de la pervivencia del dogma de la territorialidad de la ley penal. El segundo es más cultural que político, se trata de la defensa política de las diversas tradiciones o culturas jurídico penales de los distintos países, también de los niveles diferenciados de garantías de los derechos fundamentales en el Derecho y en el proceso penal y, todavía en un grado más agudo, las diferencias entre las dos grandes culturas en las que los países de la Unión Europea se agrupan: los países de tradición románica y germánica y los países del common law. Y en verdad la diversidad es radical, pues se trata de dos mundos con quizá la misma idea de Justicia, pero con una gran diferencia sobre los instrumentos y condiciones de la realización de la misma, especialmente de la Justicia penal.

Homogenización de las leyes penales de los países miembros, jurisdicción penal europea y una gramática común para la aplicación de las leyes penales son los problemas penales de la construcción de la Unión Europea. Los tres deben ser abordados por la doctrina penal europea con inteligencia político criminal. De otro modo los procesos se impulsan por vía de los hechos y los legisladores europeos los abordan sin la imprescindible masa crítica de elaboración previa, lo que producirá instrumentos legales técnicamente peores que los propios de la legislaciones nacionales.

Pero en la lucha contra las más graves forma de la criminalidad en Europa la cuestión no se resuelve sólo con la “europeización” de Derecho penal y de la Justicia penal, sino que requiere la revisión y superación del principio de territorialidad, sometiendo plenamente los delitos más graves al principio de justicia universal.

La cuestión no puede resolverse, ni siquiera plantearse cabalmente, en el marco de una conferencia, pero intentaré aproximarles a la cuestión a partir de un problema europeo e internacional del que me he ocupado últimamente: la trata de seres humanos con vista su explotación laboral o sexual¹.

El aparato conceptual y argumental, en definitiva, el llamado aparato dogmático – del Derecho y la Justicia penal de la mayor parte de los países de la Unión resulta un idioma incomprensible para los países del Common Law. Pero el problema de la diversidad de los idiomas y su carácter de problema no directamente superable no nos puede asombrar a los penalistas. Debemos ser conscientes de ello para establecer una estrategia que si su objetivo final puede ser la unificación de las lenguas jurídico penales, en su dimensión táctica el objetivo final puede ser la unificación de las gramáticas. ¿Cual puede ser la fuente generadora de la gramática penal común europea?. Vista la limitación productiva del tratado de la Unión Europea creo que esa fuente generadora de la gramática común debe encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y en los principios jurídicos básicos que este Tribunal ha ido

¹ Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos, en Libro Homenaje a Marino Barbero Santos, Cuenca 2001, vol. II, p.25 ss., e Illegale Einwanderung und Menschenhandeln, en TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Colonia 2002, p. 199 y ss.

elaborando como primer órgano natural común de todos los países de la Unión². En la esfera internacional la fuente y nodo de pulso de internacionalización de la gramática y los principios penales va a ser sin duda el Tribunal Penal Internacional y los trabajos sobre el mismo, así como su aplicación.

2. LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Desde la aparición de los primeros Códigos Penales europeos e iberoamericanos el principio de territorialidad ha determinado, de forma casi exclusiva, el ejercicio del “ius puniendi” de los Estados. Las antiguas concepciones medievales de la Justicia como una potestad que el soberano podía ejercitar sobre sus súbditos allá donde se encontraran quedaron atrás con la llegada de los Estados Modernos, los cuales, tras una primera época en la que aceptaron que “la ley penal debía seguir al ciudadano como la sombra al cuerpo”, asentaron firmemente la identificación entre los límites territoriales de su soberanía y los de su derecho a penar. La potestad indiscutible de los Estados para perseguir los delitos cometidos en su territorio (o no perseguirlos cuando así lo estimara conveniente atendiendo a razones muy diversas) constituyó, pues, durante largo tiempo, una máxima aceptada y respetada entre la mayoría de los Estados, plenamente conscientes de que la no injerencia en los asuntos penales del país vecino era una de las mejores formas de garantizar la propia soberanía³.

No constituía la territorialidad de la ley penal un principio absoluto, puesto que en atención a los principios entonces denominados de “nacionalidad”, “protección” y “comunidad de intereses”, en determinados supuestos la ley penal nacional podría aplicarse más allá de las fronteras de un Estado, o lo que es lo mismo, los órganos judiciales penales de un país podían juzgar ciertos delitos cometidos en el extranjero.

Los primeros Códigos penales europeos e iberoamericanos reconocieron, en su mayoría, el principio básico de la territorialidad de la ley penal y le acompañaron de los principios de nacionalidad y protección. Así sucedió en el Código Alemán de 1871, en el Italiano de 1930, el de los Países Bajos de 1881 o en el Código Penal Suizo de 1942⁴. En ninguno de ellos se hacía referencia, sin embargo, al principio de la comunidad de intereses (ahora denominado “Principio de Justicia Universal”), aunque algunos Proyectos de Código Penal contemporáneos a los citados sí lo reconocieron expresamente. El párrafo 6 número 5 del Proyecto de Código Alemán de 1927 señaló que

² Una tentativa de ello a sido mi propuesta de norma europea reguladora de las consecuencias de las diferentes clases de error: El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea, en “Revista penal” (3) 1999, p. 5 y ss.

³ La evolución histórica de los criterios que determinan el ámbito de aplicación de la ley penal y, con él, la competencia de los Estados para la persecución de los delitos puede verse en JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Filosofía y Ley Penal, Buenos Aires 1950, págs. 626 y ss.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado II, p. 634 y ss

las leyes penales del Reich serían aplicables, entre otros, al “delito de trata de blancas”, y en el Proyecto Checoslovaco de 1926 se dispuso en el parágrafo 7 que serían igualmente castigados con arreglo a las leyes de la República los delitos de “trata de blancas” (§ 265), trata de esclavos (§ 307) o “cualquier acto punible de esta naturaleza a cuya persecución la Republica venga obligada por una convención internacional, siempre que en todos estos casos el delincuente sea detenido en el territorio de la República y no proceda su extradición”. El Proyecto de Francia de 1934 reconoció en su art. 15 el principio de la comunidad internacional en los siguientes términos: “podrá ser perseguido y juzgado, en cualquier lugar que sea, todo el que haya hecho culpable, como autor o cómplice de piratería, falsificación de monedas extranjeras, trata de esclavos, reclutamiento para el libertinaje, tráfico de estupefacientes o de publicaciones obscenas”⁵.

Dos ideas me gustaría destacar en relación con los primeros intentos de reconocer expresamente el principio de justicia universal. La primera, la conciencia de los legisladores nacionales de que el catálogo de delitos perseguidos a nivel internacional no debía determinarse de forma unilateral por cada Estado, sino que descansara precisamente en la existencia de Acuerdos o Convenios Internacionales en los que se reconociera la naturaleza supranacional de estos delitos. Y, la segunda idea, la consideración en la mayoría de los ordenamientos de un catálogo de delitos homogéneos de interés común, entre ellos el hasta los años 20 denominado de trata de blancas.

Por otra parte, en todos los Códigos y Proyectos a los que se ha hecho referencia comenzaba a perfilarse la institución de la extradición tal como la conocemos en la actualidad, y los principios de doble incriminación y non bis in idem.

El estudio de la territorialidad o extraterritorialidad de la ley penal y los límites del ejercicio del ius puniendi de los Estados, la extradición y los principios a los que acabo de referirme recibió, a finales del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, una gran atención por parte de ilustres penalistas, como JIMÉNEZ DE ASÚA⁶ y QUINTANO RIPOLLÉS⁷ en España, VON LISZT⁸ en Alemania, DONNEDIEU DE VABRES⁹ en Francia o FIORE¹⁰ en Italia. Todos ellos acogieron con entusiasmo la regulación expresa en sus Códigos Penales

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado II, p. 638 y ss

⁶ En su obra, ya citada, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 619 y ss.

⁷ Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, Tomos I y II, Madrid 1955.

⁸ Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, vol I, p. 90 y ss.

⁹ Introduction a l'étude du Droit pénal international, París, Sirey 1922 y Les principes modernes du Droit Penal International, París, Sirey 1928. Pueden también citarse las obras de DELOUME, Principes généraux du Droit international en matière criminelle, Toulouse, 1882, y BERNARD, Des conflits des souveranités en matière pénale, París 1901.

¹⁰ Della giurisdizione penale relativamente ai reatti commessi al estero, Pisa 1873, y Effetti extraterritoriali delle sentenze penali. Della estradizione, Roma 1877. Ambas obras fueron refundidas y se publicaron en España por la Revista de Legislación en 1880, con el título Tratado de Derecho Penal Internacional y de la extradición.

del ámbito espacial de la ley penal y analizaron con detalle un sector del Derecho Penal que por aquel entonces comenzó a denominarse "Derecho Penal Internacional".

Según LISZT, el término fue empleado por primera vez por BENTHAM, y aunque la mayoría de los penalistas lo consideraban confuso e inapropiado, y no alcanzaban un acuerdo sobre su alcance y las categorías que debía comprender su estudio, lo cierto es que durante muchas décadas proliferaron los estudios monográficos y las publicaciones que, bajo el título "Derecho Penal Internacional", se ocupaban detenidamente de los criterios que determinaban el ámbito del *ius puniendi* de los Estados y de sus leyes penales, de la institución de la extradición y de otros instrumentos para instar el auxilio judicial de terceros Estados en la persecución de los delitos.

No es mi intención introducir hoy un debate sobre la conveniencia del término, sino destacar las palabras de JIMÉNEZ DE ASUA, que señalaba, refiriéndose a su tiempo, que la importancia del Derecho Penal Internacional "surge de la gran facilidad de las comunicaciones, que permiten a los delincuentes trasladarse con rapidez de un país a otro. Por eso, junto a la afirmación de la territorialidad de la ley, se presentan estas dos cuestiones más: la manera de dar eficacia a la represión en caso de que el delincuente traspase los confines del Estado en que perpetró el delito, y el ejercicio de la penalidad en caso de delitos cometidos en el extranjero".

Tras la aparición de los Códigos Penales y las obras a las que acabo de referirme, y hasta hace aproximadamente una década, la regulación legal y el estudio de los principios que delimitan el *ius puniendi* de los Estados y el ámbito espacial de la ley penal, así como de los instrumentos que facilitan su aplicación práctica no había avanzado significativamente. La persecución de los delitos más allá de las fronteras seguía teniendo, como principal obstáculo, la naturaleza esencialmente política de la extradición y el principio de la doble incriminación, además de la confusa formulación del *non bis in idem* y el escaso interés que normalmente mostraban los Estados para cooperar con las autoridades extranjeras cuando éstas solicitaban su auxilio mediante el envío de las siempre malogradas comisiones rogatorias. El principio de Justicia Universal, sin embargo, fue recogido progresivamente en la mayoría de los ordenamientos internos y en numerosos Convenios Internacionales, aunque en unos y otros ha permanecido, durante décadas, sumido en un profundo sueño. QUINTANO RIPOLLÉS describe perfectamente la situación de este principio a mediados del siglo XX, en su Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal¹¹:

"El individualismo internacional, degenerando harto frecuentemente en plena anarquía, cuya carta y patente de corso ha venido siendo el dogma de la soberanía absoluta, va camino de ser superado, y lo ha sido ya doctrinalmente siquiera, salvo en la retrógrada concepción jusinternacionalista ruso-soviética. La idea de que cada Estado es dueño y señor absoluto de sus destinos

¹¹ Obra citada, Tomo I, págs. 22 y ss.

y de los de sus súbditos, sin tener que rendir cuentas a nadie de sus actos, aún de los arbitrarios y despóticos, es en el fondo tan bárbara, si no más, que la *jus vitae* de los propietarios de esclavos en Roma o de los barones del feudalismo. La persona humana, por el hecho de serlo, posee indubitados derechos que ni el propio Estado puede impunemente violar sin infringir normas internacionales precisamente de carácter penal. Cristalizaron éstas, por el momento, en la Convención del genocidio de 9 de diciembre de 1948, adoptada unánimemente por cincuenta y cinco Estados y que, como declaró en ocasión solemne el Presidente de los Estados Unidos en la III Sesión de la Asamblea General de la ONU, marca una fecha capital en la historia de la civilización (...). Con ser importante, aunque no exenta de tachas doctrinales, la Convención del genocidio, no es más que un paso en la ruta del Derecho Penal en formación. La Comisión de Codificación de la propia ONU labora en la redacción de un Código efectivo de crímenes contra la humanidad, bajo la dirección del profesor Vespasiano PELLA,, que sobre el apasionante asunto ha presentado un valioso memorandum. Que no se hayan logrado todavía realidades jurídicas más palpables, débese, con toda certeza, al gran cisma político que actualmente divide al universo y no a dificultades técnicas y doctrinales largo ha superadas. Todo Derecho y quizá más que ninguno otro el Penal, requiere un mínimo de coincidencia ideológica y sentimental, sin el cual está llamado inevitablemente al fracaso, y la verdad es que ese mínimo todavía no existe en lo universal, y sí tan sólo, relativamente, en los espacios regionales”.

En los últimos años (en los últimos cinco o seis años) los conceptos de territorialidad penal, la extradición y las formas de cooperación y asistencia judicial han sufrido una evolución sin precedentes.

A nivel internacional, el caso Pinochet¹² y la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional han despertado al principio de Justicia Universal y el auguran un futuro lleno de protagonismo. Aún así, como veremos más adelante, no existe todavía ese “mínimo de conciencia ideológica y sentimental” del que hablaba QUINTANO RIPOLLÉS en relación con determinadas conductas que, a mi entender, deberían perseguirse en aplicación del citado principio de Justicia Universal, como es la trata de seres humanos y la inmigración ilegal.

En el ámbito de la Unión Europea, los Estados continúan reivindicando el ejercicio soberano del *ius puniendi* y luchan por mantener la Justicia Penal en el ámbito del Tercer Pilar: la cooperación es, en consecuencia, la base de la represión eficaz de los delitos. Pero en la búsqueda de instrumentos más eficaces de cooperación judicial, policial y aduanera, el Consejo de la Unión Europea acaba de sustituir en junio de 2002 el tradicional sistema de la extradición por la orden de detención europea, las comisiones rogatorias por solicitudes de asistencia cursadas directamente entre órganos jurisdiccionales y tramitadas con la mayor celeridad el empleo de las técnicas más avanzadas

¹² Vid. GARCÍA ARÁN, M. Y LOPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Valencia 2000.

(como el correo electrónico o la videoconferencia para tomar declaraciones a los testigos o a las víctimas), y en definitiva, la tradicional reticencia ante las peticiones de ejecución de resoluciones judiciales extranjeras por el sistema de reconocimiento mutuo y el principio de confianza recíproca. El cambio, pues, no puede ser más relevante.

3. El proceso de superación del principio de territorialidad en el ámbito de la Unión Europea

En el llamado Espacio Judicial Europeo, los Estados miembros continúan reclamando el ejercicio del *ius puniendi* para perseguir los delitos cometidos dentro de su territorio, pero como hemos señalado, han suavizado la aplicación estricta del principio de territorialidad y su concepción soberana del “derecho a penar”.

La incorporación de medidas concretas procedentes de la Unión Europea y dirigidas a aumentar la lucha coordinada contra la delincuencia, ha sido fruto de una evolución larga y lenta, debido a la tradicional reticencia de los Estados miembros a ceder parcelas importantes de su soberanía – como es el ejercicio del *ius puniendi* – en favor de las instituciones comunitarias. A diferencia de la Justicia Civil, que por estar integrada entre las políticas comunitarias (primer pilar) puede ser regulada a través de directivas y reglamentos vinculantes para los Estados Miembros, la Justicia Penal pertenece a las materias que dependen de la cooperación entre los Estados y se regula, por ello, en el TUE (tercer pilar). El art. 26 TUE recoge la necesaria cooperación que ha de llevarse a cabo entre las autoridades judiciales de los distintos países para luchar eficazmente contra la delincuencia.

En los años setenta y ochenta, los Estados Miembros compartían la preocupación común de la lucha contra el terrorismo, y de ahí que al menos se intentara fortalecer la cooperación entre todos ellos para luchar contra este fenómeno. El Acta Única Europea de 1985 había creado la llamada Cooperación Política Europea (CPE), a través de la cual se pretendía incentivar a los Estados miembros para ratificar y aplicar numerosos Convenios y Tratados sobre cooperación judicial, unos elaborados por las instituciones comunitarias (Convenio relativo al principio *non bis in idem*) y otros en el seno del Consejo de Europa (Convenio sobre Transmisión de Procedimientos Penales, Convenio sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales...), pero los Estados acogieron la propuesta con escaso entusiasmo, y estos instrumentos apenas se ratificaron.

El Tratado de Maastricht, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993, fijó entre sus objetivos fundamentales la creación en el ámbito de la Unión Europea de un espacio de libertad, seguridad y justicia, “en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”. El Título VI TUE contenía las medidas que

debían ser adoptadas en los Estados Miembros en los ámbitos de la cooperación judicial civil y penal, junto a otras disposiciones sobre inmigración, cooperación policial y aduanera. En este ámbito, la cooperación entre los Estados se llevó a cabo a través de posiciones y acciones comunes sin fuerza vinculante y por Convenios cuya eficacia quedaba condicionada a la ratificación unánime de los Estados.

La elaboración de la Acción Común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños¹³ constituye un buen ejemplo del tradicional pulso que los Estados miembros mantienen por preservar su soberanía en las negociaciones de cualquier texto europeo de naturaleza penal¹⁴.

Los trabajos se desarrollaron paralelamente a la aprobación del Programa STOP (Sexual Trafficking of Persons) y a la Acción Común que encomendaba a la Unidad de Drogas de Europol la lucha contra la trata de seres humanos¹⁵. La iniciativa de la Acción Común contra la trata de seres humanos, procedente del Gobierno Belga sufrió importantes restricciones en los preceptos que regulaban la competencia de los Estados para perseguir este tipo de delitos.

La primera de estas restricciones se produjo en su ámbito material de aplicación, pues mientras la proposición inicial belga pretendía que las normas sobre jurisdicción contenidas en la acción común fueran aplicables a los delitos contra menores y adultos, los Estados aceptaron únicamente modificar el tradicional principio de territorialidad recogido en sus ordenamientos cuando los delitos afectaran a menores (en los casos de explotación sexual de niños o abusos sexuales cometidos con niños y de trata de niños con fines de explotación sexual o abuso de éstos).

La segunda restricción importante tuvo lugar en el ámbito jurisdiccional, pues aunque la presidencia belga deseaba introducir el principio de justicia universal para la persecución de estos delitos, finalmente el apartado A. f) dispuso tan sólo que cada Estado debía garantizar que sus autoridades tuvieran competencias en caso de comisión de los delitos citados al menos en los siguientes casos: "i) cuando la infracción haya sido cometida, íntegra o parcialmente, en su territorio, o ii) cuando el autor de la infracción sea nacional del Estado miembro de que se trate o resida habitualmente en su territorio". Es decir, el Consejo impone a los Estado un compromiso de persecución penal de todos los delitos de que se trata cometidos total o parcialmente en su

¹³ Publicada en DOCE nº L 63 de 4 de marzo de 1997, págs. 2 a 6.

¹⁴ Puede verse, con mayor detalle, WEYEMBERG, A, *La lutte contre la traite des êtres humains dans le troisième pilier du traité sur l'Union Européenne*, en la obra colectiva *Vers un espace judiciaire pénal européen*, edit, Institut d'Etudes Europeennes, Bruselas 2000, págs. 217 y ss.

¹⁵ El punto de partida de las normas sobre trata de seres humanos en el ámbito de la UE son las Resoluciones del Parlamento Europeo sobre la trata de personas (DOCE nº C 32 de 5 de febrero de 1996, págs. 88 y ss) y sobre los menores víctimas de violencia (DOCE nº 320 de 28 de octubre de 1996, págs. 190 y ss).

territorio, una suerte de principio de territorialidad activo, y de todos los autores respecto de los que se cumpla el principio de personalidad activa, pero no alcanza a comprometer a los estados en relación a los principios de personalidad pasiva y, mucho menos, de justicia universal

Una tercera limitación consistió en permitir a los Estados condicionar la persecución de los delitos contra menores a que la infracción fuera punible con arreglo a la legislación del Estado en el que se hubiera cometido, es decir, se mantenía plenamente el principio de la doble incriminación. Los Estados eran conscientes que con este inciso restaban eficacia a la persecución de estos delitos cuando se cometieran por ciudadanos europeos en países de América Latina, Asia y Europa del Este, y de ahí que aceptaran introducir un inciso por el que se comprometían a “revisar su legislación, con vistas a garantizar que dicha exigencia no obstaculice las medidas efectivas que tome contra sus nacionales o residentes habituales sospechosos de participar en dichas infracciones en jurisdicciones que pueden no haber tomado las medidas adecuadas a que se refiere el artículo 34 del Convenio de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”.

Finalmente, podían condicionar la persecución de los delincuentes nacionales por los hechos cometidos en el extranjero al respeto de determinadas normas de procedimiento, y en especial, a la negativa del Estado en el que se hubiera cometido el delito de sancionar estas conductas (“negativa del Estado miembro interesado a acceder a una solicitud de extradición presentada por el Estado en que se cometió la infracción, o confirmación del segundo Estado de que no se propone solicitar la extradición del presunto infractor, o dicho Estado no ha solicitado la extradición del presunto infractor dentro de un plazo razonable”).

La principal razón por la que no se lograba avanzar en el ámbito de la Justicia Penal era, pues, el recelo de los Estados Miembros a perder soberanía penal. A ello obedece la decisión general de mantener las materias relacionadas con el ámbito de la Justicia Penal en el tercer pilar, con lo que se evitaba que la Comisión, el Parlamento u otros órganos comunitarios tomaran la iniciativa en la regulación de dichas materias y aprobaran normas de cumplimiento obligatorio para todos los Estados Miembros.

Pero el Tratado de Amsterdam modificó los Tratados Constitutivos y el Tratado de la Unión Europea, además de incorporar el acervo de Schengen al marco comunitario y en aplicación del art. k.9 TUE (que recogía el sistema de la pasarela), extrajo del tercer pilar la Justicia Civil y la inmigración, que pasaron a integrarse en el Título IV de la Tercera Parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, dedicado a las políticas de “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. La Justicia penal, como ámbito excluido del sistema de la pasarela, permaneció en el TUE, si bien Amsterdam dió una nueva redacción a los preceptos relativos a la cooperación judicial y policial en el ámbito penal, para regular con mayor claridad las competencias de los distintos órganos comunitarios (en especial, del Consejo) y el valor de sus resoluciones (posiciones comunes, decisiones-

marco y decisiones). En cuanto a los convenios, para su entrada en vigor sustituyó la necesidad de unanimidad por la ratificación mayoritaria.

El artículo 26 TUE, en su redacción tras el Tratado de Amsterdam, dispone que “el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados Miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia”. Señala el mismo precepto que “este objetivo debe lograrse mediante la prevención y lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y armas, la corrupción y el fraude”, a través de una mayor cooperación entre las autoridades judiciales (también, entre las fuerzas policiales), y cuando proceda, una aproximación de las normas de los Estados Miembros en materia penal. Para la consecución de los objetivos señalados, el mismo precepto autoriza al Consejo a adoptar, por unanimidad, posiciones comunes, decisiones marco y decisiones, así como celebrar convenios y recomendar a los Estados su adopción. De este modo se establece un ambicioso programa político criminal de la Unión, que señala un catálogo de delitos objetivo del programa y unos medios de cooperación policial y judicial que van a tener en breve consecuencias.

El momento de mayor relevancia en ese proceso es el Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999. En las conclusiones se manifestaba lo siguiente:

“5. El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que los suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados Miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados Miembros.

6. Las personas tienen derecho a esperar que la Unión afronte la amenaza que para su libertad y sus derechos civiles constituye la delincuencia. Para contrarrestar esta amenaza se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito”.

Los puntos 33 a 37 de las Conclusiones de dedicaban al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. En ellos se configura el citado reconocimiento como “la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”, y en relación con este segundo ámbito se dispone lo siguiente:

“33. En materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados Miembros a que ratifiquen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995

y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados Miembros en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eluden la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el artículo 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo invita a la Comisión a que formule propuestas en ese sentido, a la luz del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

36. El principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos.

37. El Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que adopten, a más tardar en diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo. En dicho programa, también deberá emprenderse una labor en torno al Título Ejecutivo Europeo y a los aspectos del Derecho Procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados Miembros"

En este Consejo Europeo se dedicó una atención especial a la política de asilo e inmigración común. Estas materias tienen la particularidad de que forman parte de las políticas comunitarias (Primer Pilar), pues como hemos señalado se integraron a partir de Amsterdam en el Tratado de la Comunidad Europea. Pero cuando se trata de luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, las medidas penales judiciales y policiales se integran en el Tercer Pilar de la Unión Europea y dependen, por tanto, de la cooperación de los Estados Miembros. Sobre la gestión de los flujos migratorios, el Consejo Europeo de Tampere señalaba lo siguiente:

"23. El Consejo Europeo está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes, insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito. Se invita al Consejo a que, basándose en una propuesta de la Comisión, adopte legislación a tal efecto antes de finales de 2000. Los Estados Miembros, junto con Europol, deberían orientar sus esfuerzos a detectar y dismantelar las redes de delincuencia implicadas. Deberán salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños."

Las consecuencias normativas del programa de Tampere se han producido con rotundidad a lo largo de los años 2002 a 2002: El Convenio del Consejo de la Unión relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la Unión Europea, basado en el artículo 34 del TUE, del 12 de

julio de 2000¹⁶; el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (D.O. C012 de 15 de enero de 2001; la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de la delincuencia (2002/187/JAI) y la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, que constituye el punto de partida de los actuales mecanismos de cooperación, implica que la resolución judicial adoptada en un Estado miembro extiende sus efectos no sólo al ámbito territorial en el que ha sido dictada, sino a todo el espacio judicial europeo. Con ello, es evidente que se extiende extraordinariamente, hasta todo el territorio de la Unión, el ámbito de aplicación de la ley penal de cada uno de los países de la Unión Europea. El Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal se aprobó por el Consejo el 30 de noviembre de 2000¹⁷.

En el Plan se señaló que “la aplicación del principio del reconocimiento mutuo en las resoluciones en materia penal supone una confianza recíproca de los Estados Miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal. Dicha confianza se basa, en particular, en el fundamento común que constituye su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho”. Las medidas concretas propuestas se refieren al principio *non bis in idem*, a la individualización de la sanción, a la obtención de pruebas en el extranjero o la adopción de medidas provisionales de carácter real (y al comiso), a la detención y otras medidas de control no privativas de libertad, a las normas sobre jurisdicción, al traslado de personas ya condenadas por sentencia firme (porque intentan escapar de la acción de la Justicia o para favorecer su reinserción) y otras medidas a adoptar tras una sentencia penal condenatoria.

De todas ellas, nos interesa detenernos en el principio *non bis in idem* y en la voluntad de establecer normas comunes sobre Jurisdicción.

De todo ello se ha avanzado fundamentalmente en materia de extradición y en la asistencia judicial penal. El tradicional mecanismo de la extradición y todos los problemas de aplicación que le acompañan han sido sustituidos por la orden de detención europea y por los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. En el punto 5 de la Decisión Marco sobre esta materia se señala:

“El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados Miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades

¹⁶ Vid Informe explicativo del Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, aprobado por el Consejo el 14 de octubre de 2002 (2002/ C 257/01).

¹⁷ DOCE n.º C 12 de 15 de enero de 2001, págs. 10 a 22

judiciales. Por otro lado, la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de las sentencias o de diligencias en materia penal permite eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición. Es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados Miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia”

Conforme al artículo 2 de la Decisión, “darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión marco y sin control de la doble tipificación de los hechos” un conjunto de 32 delitos, entre ellos, la pertenencia a una organización delictiva, el terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Otro ejemplo significativo del cambio que en el ámbito de la Unión Europea están experimentando los tradicionales principios de la territorialidad de la ley penal y de la potestad jurisdiccional de los Estados lo encontramos en el Convenio de Asistencia Judicial de mayo de 2000, en cuyo artículo 4.1 se dispone que “en los casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido”. Es decir, cuando un Estado solicite a otro la práctica de ciertas diligencias de investigación o de prueba, el Estado requerido deberá aplicar las normas y las garantías procesales del Estado requirente.

En el área de la cooperación horizontal, el reconocimiento de que ciertos órganos e instituciones europeas puedan coordinar las investigaciones policiales y las desarrolladas en el seno de procesos penales entre distintos Estados Miembros constituye también una buena muestra de cómo las fronteras se diluyen poco a poco en el espacio judicial europeo. La Decisión de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust permite a este órgano de la Unión Europea que este órgano, creado con personalidad jurídica propia, pueda a través de sus miembros nacionales “solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados que consideren la posibilidad de:

- i) llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos;
- ii) reconocer que una de ellas puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos,
- iii) realizar una coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros afectados,
- iv) crear un equipo conjunto de investigación, de conformidad con los instrumentos de cooperación pertinentes, y
- v) facilitar cuanta información sea necesaria para que Eurojust desempeñe sus funciones”.

Esta tendencia que apunto es también muy evidente cuando nos detenemos en determinados tipos de delincuencia. En el ámbito de la trata de seres humanos la situación es especialmente significativa. Todos los instrumentos a los que acabo de referirme reconocen la magnitud de este tipo de delincuencia y la conveniencia de reforzar la cooperación para contrarrestar a las redes organizadas que desarrollan sus actividades en este ámbito, pero existen además instrumentos específicos en este ámbito, como la Decisión Marco de julio de 2002, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que sustituye la Acción Común de 1997 a la que me refería anteriormente. Las medidas que propone en su artículo 6, sobre “competencia y procedimiento” continúan siendo aún muy tímidas en este ámbito. Dispone el precepto citado:

- 1) Cada Estado Miembro tomará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones indicadas en los artículos 1 y 2 cuando:
 - a) la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o
 - b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales, o
 - c) la infracción haya sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio.
- 2) Cualquier Estado Miembro podrá decidir no aplicar, o aplicar sólo en casos o circunstancias específicas, las normas de competencia definidas en las letras b) y c) del apartado 1, siempre que la infracción en cuestión se haya cometido fuera de su territorio.
- 3) Cualquier Estado miembro que, de conformidad con su ordenamiento jurídico, no extradite a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones indicadas en los artículos 1 y 2 y, en su caso, perseguirlas judicialmente, cuando se hayan cometido por uno de sus nacionales fuera de su territorio”.

Como puede advertirse la Decisión supone un ligero avance respecto de lo dispuesto en la Acción Común de 1997, pues el compromiso de persecución penal en el espacio territorial y de la personalidad activa se amplía a los supuestos de comisión del delito en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio, lo que resulta una doble ampliación del principio de personalidad activa anterior. A pesar de todo, el apartado siguiente legitima la abstención persecutoria del Estado en los supuestos anteriores si el hecho se ha realizado fuera del territorio. En sentido positivo, en cambio, reformula el principio de actuación respecto de sus nacionales cuando no extradite a otros países de la Unión por estos delitos: el sistema que no extradite a sus nacionales debe estar en condiciones sustantivas y procesales de perseguirlos penalmente por sí mismo¹⁸.

¹⁸ En el ámbito no penal de la inmigración ilegal los trabajos no están tan adelantados, pero sí se aprecian avances importantes. Con el fin de reforzar los medios para luchar contra el tráfico ilegal de

Interesa llamar la atención sobre que la Decisión Marco contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002, adoptada pues apenas un mes antes que la relativa a la trata de seres humanos, realiza una atribución de competencias y de legitimación de la acción penal más depurada y amplia. Así, y sobre lo anterior, equipara residentes con nacionales a los efectos de la personalidad activa, incorpora el principio de atribución de la competencia penal conocido hasta ahora como de interés nacional, ampliado a “interés europeo”: “el delito (de terrorismo) se haya cometido... contra una institución de la Unión Europea, o de un organismo creado en virtud del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o del Tratado de la Unión Europea y que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate. Contiene reglas para resolver las cuestiones de competencias concurrentes cuya solución encomienda de facto a Eurojust y, por último, incorpora una cláusula que viene a legitimar la decisión de los Estados de atribuir a los delitos de terrorismo la condición de perseguibles bajo el principio de justicia universal – en una cláusula que creo proviene de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura de 1984, en su art. 5 –, cuando dispone en el apartado 5 del art. 9 que “el presente artículo no excluye el ejercicio de una competencia en materia penal establecida en un Estado miembro con arreglo a su legislación nacional”.

La decisión marco de trata de seres humanos y, sobre todo, su aplicación en el espacio procedimental de la “euroorden” de detención, de medidas cautelares y de ejecución de sentencias de condena permiten augurar un avance en la lucha contra los delitos de trata de seres humanos, así como de los delitos de terrorismo y aquellos otros que sean objeto de la decisión marco correspondiente, pero resulta evidente que lo que se requiere es un “eurodelito”, en el sentido de Tiedemann¹⁹, o una armonización eficaz de las figuras delictivas, que es a la vez el modo de someter esta materia al principio de jurisdicción universal europea. Todo ello sin perjuicio de las dificultades políticas y de garantías que plantea la euroorden, a las que no me voy a referir aquí²⁰.

inmigrantes, la Comisión presentó en febrero de 2002 una propuesta de Directiva relativa a un permiso de residencia de corta duración para las víctimas de la trata de seres humanos y del tráfico ilícito de inmigrantes que cooperen en la lucha contra los traficantes y pasadores de fronteras. Bajo la Presidencia Española, la Unión Europea aprobó en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de los días 27 y 28 de febrero el Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. El conjunto de medidas y acciones contenidas en el Plan se refieren a la política de visados, el intercambio y análisis de información, las medidas previas al cruce de fronteras, las medidas de gestión de fronteras y la política de readmisión y repatriación, además de dos bloques de medidas relacionadas con la persecución penal de las conductas ilícitas: la intervención de Europol y el sistema de sanciones que deberían los Estados incluir en sus legislaciones internas. Se aprobó también unas conclusiones relativas a las medidas de prevención y lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos por vía marítima, así como un plan para la gestión integrada de las fronteras exteriores.

¹⁹ Vid. Obra citada en nota 1

²⁰ S ha referido monográficamente a ello Vassalli en su discurso en el doctorado honoris causa en Albacete el 25 de octubre de 2002.

