

Brexit y derecho penal europeo

Kai Ambos

Universität Göttingen

Abstract*

El Brexit plantea, también en el ámbito del Derecho penal europeo, numerosos interrogantes en vista de la futura relación entre la UE y el Reino Unido (RU). Luego de unas breves consideraciones preliminares relativas a la concepción del ámbito jurídico del Derecho penal europeo que aquí interesa y de una descripción de la relación actual entre la UE y el RU en este ámbito, el artículo examina la posición de partida de las negociaciones, así como las posibles opciones con posterioridad al Brexit.

Der Brexit wirft auch auf europastrafrechtlichem Gebiet zahlreichen Fragen mit Blick auf die zukünftige Beziehung zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich (UK) auf. Nach knappen konzeptionellen Vorbemerkungen zum hier interessierenden Rechtsbereich des Europäischen Strafrechts und einer Darstellung der gegenwärtigen Beziehung zwischen der EU und dem UK in diesem Bereich, untersucht der Beitrag die Ausgangsposition der Verhandlungen, sowie mögliche post-Brexit Optionen.

The Brexit entails a lot of uncertainty with regard to the future relationship of the UK with the EU, not least in the field of criminal justice cooperation. This brief essay first describes the area concerned, i.e., European Criminal Law in the narrow sense, then it looks at the current relationship of the UK with the EU in the criminal justice area, and, last but not least, sketches out possible options of the UK's post-Brexit relationship with the EU in the criminal justice area.

Titel: Brexit und Europäisches Strafrecht.

Title: Brexit and European criminal law.

Palabras clave: Brexit, Derecho penal europeo, sistema de justicia criminal de la UE, nuevas formas de cooperación.

Stichworte: Brexit, europäisches Strafrecht, EU-Kriminaljustizsystem, neuartige Kooperationsformen.

Keywords: Brexit, European criminal law, EU criminal justice system, new forms of cooperation.

* El autor es Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado y Derecho penal internacional en la Universidad Georg-August de Gotinga, Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) en esa misma universidad y Juez del Tribunal Especial para Kosovo, con sede en La Haya. El autor agradece al Sr. PD Dr. Alexander Thiele por sus comentarios críticos. - Traducción del original en alemán ("Brexit und Europäisches Strafrecht", publicado en el *Juristen Zeitung* 2017, 707-713) realizada por Marisa Vázquez (Doctoranda en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y ex becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico -DAAD-); revisión por Gustavo Urquiza, doctorando en la Universidad Georg-August de Gotinga e investigador del CEDPAL, y por el autor.

Sumario

- 1. Aclaraciones previas acerca de la concepción del Derecho penal europeo**
- 2. El estatus especial del RU en el sistema de justicia criminal de la UE**
- 3. Las posibilidades posteriores al Brexit**
 - 3.1. El punto de partida**
 - 3.2. Posibles acuerdos concretos**
 - a) Nivel institucional**
 - b) Medidas de Derecho secundario**
 - c) Nuevas formas de cooperación**
 - d) Conclusiones**
- 4. Perspectivas**
- 5. Bibliografía**

1. Aclaraciones previas acerca de la concepción del Derecho penal europeo

Con el *European Union (Notification of Withdrawal) Bill* del Parlamento británico¹ y la correspondiente notificación de intención según el Art. 50, párr. 2º del Tratado de la Unión Europea (TUE), realizada por la Primera Ministra May el 29.3.2017², comenzó a correr el plazo (prorrogable) de dos años³ para las negociaciones del *Brexit*, las cuales entretanto ya se han iniciado –tras las elecciones británicas para la Cámara Baja a principios de junio–. A la consideración de las consecuencias del *Brexit* para el Derecho penal debe anteponerse en principio la observación – ya explicada en otro lugar⁴ – de que el concepto “Derecho penal europeo” resulta engañoso porque no existe (aún) un genuino Derecho penal supranacional europeo en el sentido de un Derecho penal de la Unión que pueda ser aplicado de forma inmediata a los ciudadanos de la Unión. Como es sabido, la competencia legislativa de la Unión en materia de Derecho penal se encuentra restringida a unos pocos ámbitos,⁵ primordialmente a la protección de los intereses financieros de la Unión.⁶ Por ello debería hablarse de un Derecho penal *europeizado*, en el cual, junto a la influencia de la Unión sobre el Derecho penal nacional (sobre todo a través del Derecho secundario), no puede pasarse por alto el rol del Consejo de Europa a través del desarrollo de normas de transposición

¹ Bill 2016-17, véase: <http://services.parliament.uk/bills/2016-17/europeanunionnotificationofwithdrawal.html>, visitado por última vez el 26.5.2017.

² May envió una carta de seis páginas al Presidente del Consejo, Tusk, en la que destacó, entre otros, el interés británico en una “deep and special partnership”, véase http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/29_03_17_article50.pdf, visitado por última vez el 26.5.2017. Sobre las complejas cuestiones jurídicas vinculadas con la notificación de retirada véase: STREINZ, «Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten», en KRAMME *et al.* (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017, pp. 17 (pp. 20 ss.); MÜLLER-GRAFF, «Brexit – die unionsrechtliche Dimension», en KRAMME *et al.* (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017, pp. 33 ss. (pp. 43 ss.); HERCHENRÖDER, «Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht», en KRAMME *et al.* (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017, pp. 57 ss.

³ Cfr. Art. 50, párr. 3 TUE y más abajo 3.2. en el texto principal.

⁴ AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. I, nm. 18.

⁵ Cfr. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. I, nm. 19 ss.

⁶ Fundamental al respecto: BOCK, *Europäisches Finanzschutzstrafrecht*, de próxima publicación.

sobre la base de tratados internacionales.⁷ A nivel de la Unión, la europeización del Derecho penal nacional de los estados miembros tiene lugar, esencialmente, por medio de su armonización y de los numerosos instrumentos de reconocimiento mutuo.⁸

El *reconocimiento mutuo* en el sentido del Art. 82, párr. 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) significa que las resoluciones de Derecho penal dictadas en un estado miembro también deben ser reconocidas en otro,⁹ lo cual significa que, al fin y al cabo, pueden ser ejecutadas de forma inmediata en todos los estados miembros y que, en efecto, deben ser ejecutadas, requiriéndose, sin embargo, una base jurídica de Derecho secundario (Art. 82, párr. 1, subpárr. 2 TFUE).¹⁰ El significado de este principio para la cooperación en materia de lucha contra el crimen transnacional a nivel de la Unión no puede ser subestimado. Sin embargo, el reconocimiento mutuo presupone la confianza mutua, la cual, a su vez, se fundamenta en los valores comunes y en la observancia (básica) del Derecho.¹¹ Su ausencia¹² es una de las principales razones de los problemas que surgen para el reconocimiento mutuo en la práctica.¹³

Si bien es cierto que a la luz de lo señalado no puede hablarse de un sistema de Derecho penal europeo abarcador y cerrado en sí mismo,¹⁴ existe, de todos modos, una especie de sistema en el sentido de una superestructura, de un *Überbau*, que vincula los distintos ámbitos (los microsistemas), tales como el Derecho penal armonizado, los instrumentos de reconocimiento mutuo y la protección europea de los derechos fundamentales,¹⁵ y que, en palabras de FRANK

⁷ Sobre el Derecho penal europeo en sentido amplio (Consejo de Europa) y en sentido restringido (UE) véase: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. I, nm. 18.

⁸ Cfr. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. I, nm. 18, 25 ss.

⁹ NILSSON, «Where Should the EU Go in Developing its Criminal Policy in the Future?», *eucrim*, 2014, 19, p. 21; sobre la ejecución de sentencias como principal (aunque no única) tarea del reconocimiento mutuo véase: ASP, *Procedural Criminal Law Cooperation of the EU*, 2016, pp. 48 ss., pp. 60 s.; sobre el reconocimiento mutuo como expresión de un sistema ("global legal pluralism") véase: MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, 2016, pp. 125 ss. (p. 128); referencias adicionales en: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. I, nm. 26.

¹⁰ Sobre el requisito de transposición (en lugar de la aplicabilidad inmediata como en el Derecho del mercado interior) VOGEL, «Artikel 82 AEUV», en GRABITZET *et al.* (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2014, p. 60. Entrega complementaria 2016, Art. 82 TFUE, nm. 21; en el mismo sentido: EISELE, «Grundrechtliche Grenzen des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung – Eine Betrachtung im Spiegel der Kommentierung des Art. 82 AEUV durch Joachim Vogel», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtpflege*, 2016, p. 223, 232. Acerca de los instrumentos individuales véase: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. IV, nm. 3, 46 ss., pp. 82 ss.

¹¹ Respecto al fundamento del reconocimiento mutuo en la confianza mutua y en la observancia del Derecho: MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, 2016, pp. 125 ss., quien fundamenta la falta de confianza en una "moral distance" (pp. 129, 151) y deduce que "[T]his deification of mutual trust [...] poses, however, significant challenges on the effective protection of fundamental rights, which seems to be subordinated to the requirement to respect presumed and uncritically accepted trust" (p. 151); véase también: MEYER, «Der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens – Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips», *EurR*, 2017, p. 163 (pp. 164 ss., pp. 170 ss.), para quien la confianza mutua figura "entre los grandes misterios del Derecho penal europeo" (p. 161) y quien después de una instructiva visión general sobre el estado de la discusión (pp. 164-170) atisba un nuevo enfoque del TJUE – desde su dictamen 2/13 (= JZ, 2015, 773 con un comentario de SCHORKOPF) – hacia un "principio constitucional inmanente a la Unión" (p. 173) y un concepto "cross-policy" (p. 183) con función de integración política (pp. 170 ss.). Referencias adicionales en: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, Cap. I, nm. 26.

¹² Sobre la medición empírica de la confianza en el sistema de justicia penal de la UE véase el Proyecto "Euro-Justis", disponible en <http://www.heuni.fi/en/index/researchareas/confidenceinthechs/eurojustscientificindicatorsofconfidenceinjusticeinjusticetoolsforpolicyassessment.html>, visitado por última vez el 26.5.2017.

¹³ Respecto al debilitamiento de la confianza mutua a través de la lesión de derechos véase, por ejemplo: BVerfG 140, 317 (= JZ 2016, 410 con comentarios de SCHÖNBERGER y NETTESHEIM), nm. 73 ss.

¹⁴ Sobre los contraargumentos centrales véase: ASP, *Procedural Criminal Law Cooperation of the EU*, 2016, pp. 209 ss.

¹⁵ Cfr. ASP, *Procedural Criminal Law Cooperation of the EU* 2016, pp. 216 ss.

MEYER, actúa a nivel operativo como una “red” (“Verbund”) de los órganos competentes para la persecución penal transnacional.¹⁶ En este sentido, las instituciones de justicia penal europea, especialmente Europol y Eurojust, juegan un rol de importancia creciente en la formación de la política jurídico-penal europea –aunque ello sea sutil o completamente oculto–.¹⁷ En cualquier caso, la europeización normativa no puede ser pensada ni comprendida sin la *institucionalización* paralela. El rol de los actores de la justicia criminal europea también resulta especialmente significativo en vista del Brexit y de la futura colaboración en materia de seguridad entre la UE y el RU, como veremos abajo.

En lo que respecta a la *cooperación policial y judicial* [en materia penal] (CPJMP), ésta se encuentra ahora –con la comunitarización de los tres antiguos pilares por medio del Tratado de Lisboa – en el espacio de la libertad, de la seguridad y de la justicia de toda la Unión (Art. 67 TFUE). El denominado acervo de Schengen, especialmente el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) del 19.6.1990,¹⁸ merece una mención como fuente adicional relevante del Derecho europeo de la cooperación.¹⁹ En nuestro contexto es de especial interés el Título III sobre “Policía y Seguridad”, particularmente los capítulos I al V.²⁰ Con la adopción del CAAS en el Derecho de la Unión por medio del Tratado de Ámsterdam de 1997²¹ se fundó, al mismo tiempo,

¹⁶ Fundamental MEYER, «Verbundstrafverfolgung in der EU», *GS-Weßlau*, 2016, pp. 194 ss., quien ve el fundamento del concepto (“red”) en el Derecho administrativo europeo (pp. 196 ss.), y lo entiende en un sentido descriptivo-analítico y a la vez crítico (p. 198). La aplicación en el ámbito de la persecución penal europea (“red de persecución penal de la UE” [en el lugar citado, p. 199]) se realiza a través de un “enfoque funcional y orientado a los efectos” (p. 200), en el que se distingue entre una “red de ejecución y sustitución”, caracterizado por el reconocimiento mutuo y el creciente entrecruzamiento del proceso penal con la asistencia judicial (pp. 201 s.), una “red de información” para la recolección y conservación de informaciones/datos (pp. 202 ss.) y una “red de persecución en sentido restringido” para la investigación/persecución *strictu sensu* (pp. 204 ss.).

¹⁷ MEYER, *GS-Weßlau*, 2016, p. 194 (204 ss.), que registra un aumento “sorprendente” de la influencia de las instituciones del Derecho penal de la UE (p. 207) y que señala las implicaciones problemáticas en lo que se refiere a la responsabilidad democrática y a la protección jurídica (pp. 210 ss.).

¹⁸ Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14/06/1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L 239 de 22/09/2000, pp. 19 ss.

¹⁹ El Protocolo 19 del Tratado de Lisboa (DOUE C 326 del 26/10/2012, p. 290 ss.) (en adelante Protocolo nº 19) mantiene esta situación jurídica. Según este Protocolo, el acervo de Schengen es aplicable a 30 estados, a saber: 26 estados miembros de la UE (conforme al Art. 2 en concordancia con el Art. 1 Protocolo nº 19: Bélgica, Bulgaria, Alemania, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Croacia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, Eslovaquia, España, Suecia, República Checa, Hungría y Chipre) y cuatro estados no miembros como miembros asociados (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). Sobre la situación especial de Dinamarca: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, Cap. I, nm. 34 con nota 298 con referencias adicionales.

²⁰ En detalle AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. IV, nm. 5 ss.

²¹ Protocolo (nº 2) por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (1997), DOUE C 321E de 29.12.2006 (en adelante Protocolo nº 2), pp. 191 ss.; véase también: Decisión del Consejo, de 20/05/1999, sobre la definición del Acuerdo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (1999/435/CE), D.O. CE L 176 de 10/07/1999, pp. 1-16; Decisión del Consejo, de 20/05/1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (1999/436/CE), D.O. CE L 176 del 10/07/1999, pp. 17-30.

la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),²² que hoy –consecuencia adicional de la comunitarización – surge del Art. 267, 67 TFUE.²³

2. *El estatus especial del RU en el sistema de justicia criminal de la UE*

Salvo en algunos foros de expertos²⁴, durante la campaña del referéndum para el Brexit apenas se mencionó el estatus especial del RU en el sistema de justicia criminal.²⁵ Sin embargo, no debería olvidarse que, desde siempre, el RU se había mostrado escéptico y hasta renuente a una Unión que creciera estrechamente de manera conjunta, en especial en el ámbito de la cooperación relativa al Derecho penal en el espacio de la libertad, de la seguridad y de la justicia (Art. 67 TFUE).²⁶ Recuérdese que el referéndum del Brexit de *David Cameron* no fue en modo alguno el primero en la agitada historia del RU y la UE. Ya en el año 1974 el gobierno laborista había negociado nuevamente las condiciones del ingreso del RU a la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), el cual se había llevado a cabo en el año 1973, y había dejado que el pueblo británico aprobara el resultado de las negociaciones el 5.6.1975.²⁷

En lo que se refiere al acervo de Schengen arriba mencionado, el RU e Irlanda sólo participan de modo facultativo: ya en lo que respecta al Título IV de la tercera Sección del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea TCCE (medidas relativas a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas), incluyendo a las medidas necesarias para el establecimiento del mercado interno según el Art. 14 TCCE, se definió un *opt-out*.²⁸ En lo tocante al acervo de Schengen, el RU (al igual que Irlanda)²⁹ se reservó el derecho de decidir, caso por caso, acerca de la participación en determinadas medidas;³⁰ el Protocolo 19 del Tratado de Lisboa ha mantenido esta situación jurídica, de modo tal que el RU (e Irlanda) participan total o parcialmente

²² Art. 35(1) TUE, versión anterior.

²³ Sobre la competencia general del Tribunal véase Art. 19 (1) TUE.

²⁴ En ese sentido, el autor participó, por ejemplo, en un Seminario de la *European Criminal Law Association* (RU) a mediados del 2016 en Londres, véase: <http://www.eucriminallaw.com>, visitado por última vez el 26/05/2017.

²⁵ También en sentido crítico: HOUSE OF LORDS, «EU Home Affairs Sub-Committee, Future UK-EU Security and Policing Cooperation», *HL Paper 77, 2016*, p. 5 (“[...] this subject did not attract a commensurate level of attention in the referendum campaign, from either side”).

²⁶ Véase, por ejemplo, WALKER, «The European Fallout», *GLJ*, (17), 2016, p. 125 (p. 126) (“With its opt-outs from the Euro and Schengen, and also from some wider aspects of criminal justice and immigration policy under the Area of Freedom, Security and Justice, the UK was already a major beneficiary – probably the major beneficiary – of the EU’s variable geometry even before it cut a new ‘customised membership’ deal in February that would have allowed exemption even from the founding Treaty commitment to ‘ever closer Union’”). Desde un punto de vista histórico HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77, 2016*, pp. 7 ss.; en general sobre la relación del RU con la UE también: THIELE, «Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines “Brexit”», *EuR*, 2016, p. 281 (pp. 284 ss.).

²⁷ Véase DASHWOOD *et al.*, *European Union Law*, 2011, pp. 10 s.

²⁸ Cfr. Protocolo nº 4 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda (1997), DOUE C 321 E del 29/12/2006, p. 198, así como el Protocolo nº 3 sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda (1997), DOUE C 321 E del 29/12/2006, p. 196.

²⁹ En el caso de la República de Irlanda este “*opt-out*” también tiene que ver con el complejo proceso de paz con relación a Irlanda del Norte. Por ende, un ingreso de Irlanda al espacio Schengen tampoco podría ser posible en el futuro debido al Brexit.

³⁰ Art. 4 Protocolo nº 2.

en el acervo de Schengen con la aprobación (unánime) del Consejo y luego, dado el caso, dentro de los tres meses pueden declarar una salida (*opt-out*).³¹

Además, el Protocolo 21 del Tratado de Lisboa³², que sólo rige para el RU e Irlanda, les otorga, por un lado, el derecho de abstenerse de cualquier tipo de medidas en el espacio de la libertad, de la seguridad y de la justicia y, por otro lado, el de participar de medidas seleccionadas (*selective opt-in*).³³ De esa forma se reimplantó de facto el derecho de voto, el cual había sido previamente sustituido en el Tratado de Lisboa por la decisión de una mayoría calificada (Art. 16, párr. 3 TUE, 294 TFUE). Por otra parte, al RU (como único estado miembro³⁴) le fue concedido mediante el Protocolo 36³⁵ un derecho general de *opt-out* respecto de todas las (135) medidas policiales y relativas a la justicia penal (pre Lisboa) con efectos a partir del 1º de diciembre de 2014,³⁶ en tanto no fueran enmendadas “lisboizadas”.³⁷ Con ello, al RU le quedaba abierta la posibilidad de un posterior ingreso a medidas seleccionadas,³⁸ aunque desde un comienzo el gobierno hizo depender la participación en la Fiscalía Europea (FE) de un referéndum aprobatorio (*referendum lock*).³⁹ El 24 de julio de 2013 el RU hizo uso de su derecho de *opt-out* con relación a las mencionadas 135 medidas CPJMP con efectos a partir del 1º de diciembre de 2014.⁴⁰ No obstante, las medidas más importantes

³¹ Art. 5(2) Protocolo nº 19; resumidamente: HUYBRECHTS, «The Schengen Convention and the Schengen *acquis*: 25 years of evolution», *ERA Forum*, (16), 2015, p. 379 (p. 402); HOUSE OF COMMONS, «Brexit: implications for policing and criminal justice cooperation», *Briefing Paper* nº 7650, 2017, p. 5.

³² Protocolo nº 21 al Tratado de Lisboa sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, DOUE C 326 del 26/10/2012, (en adelante Protocolo nº 21), p. 295.

³³ Art. 2-4 Protocolo nº 21; además: DE BUSSER, «The Lisbon after-burn effect», *ERA Forum*, (16), 2015, p. 277 (p. 286); SPENCER, «Opting out of EU Criminal Justice?», *Archbold Rev* (7), 2012, p. 6 (p. 7); HERLIN-KARNELL, «Denmark and the European Area of Freedom, Security and Justice: a Scandinavian Arrangement», *ALF*, (5), 2013, p. 95 (p. 100); FLETCHER, «EU Criminal Law Flexibility: What Lessons from the UK Protocol 36 Saga?», en MITSILEGAS *et al.* (eds.), *Handbook on EU Criminal Law*, 2016, p. 82; MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, 2016, p. 44 ss.; EL MISMO, CLR, (63), 2016, p. 517 (pp. 518 s.); HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* 7650, 2017, pp. 4 s.

³⁴ Resulta interesante que Irlanda no haya hecho valer reparo alguno con relación a las facultades ampliadas de la Comisión y del TJUE con relación a la CPJMP; cfr. DE BUSSER, *ERA Forum*, (16), 2015, p. 277 (p. 286).

³⁵ Protocolo nº 36 al Tratado de Lisboa sobre las disposiciones transitorias, DOUE C 326 del 26/10/2012, (en adelante Protocolo nº 36) p. 322.

³⁶ Art. 10, párr. 4, Protocolo nº 36 (“...el Reino Unido podrá notificar al Consejo que no acepta, con respecto a los actos contemplados en el apartado 1, las atribuciones de las instituciones mencionadas en el párrafo 1 que establecen los Tratados”); véase también: COUNCIL OF THE EU, *UK notification according to Article 10(4) of Protocol No 36 to TEU and TFEU*, Bruselas, 26/07/2013, Council Doc. 12750/13; HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* 7650, 2017, p. 5. Sobre las medidas: SPENCER, *Archbold Rev*, (7), 2012, p. 6 (pp. 7 ss.); crítico respecto al “*opt-out*”: SPENCER, «Opting out of EU Criminal Justice - Withdrawal, or an Exercise in Smoke and Mirrors?», *Archbold Rev*, (8), 2013, pp. 6 s.; crítico respecto al “*pick-and-choose approach*” del RU: MITSILEGAS, «The uneasy relationship between the UK and European Criminal Law: From Opt-Outs to Brexit?», CLR, (63), 2016, p. 517 (pp. 522 ss.) (que trata sobre la ODE, incautación y fraude).

³⁷ Art. 10, párr. 4 *in fine* y párr. 2, Protocolo nº 36 (“El presente subpárrafo no se aplicará a los actos modificados que sean aplicables al Reino Unido de conformidad con lo indicado en el apartado 2”).

³⁸ Cfr. Art. 10, párr. 5, Protocolo nº 36, que le permite al RU “notificar ulteriormente al Consejo, en cualquier momento, su deseo de participar en actos que hayan dejado de aplicársele”. Sin embargo, este reingreso selectivo (“*re-opt-in*”) requiere la aprobación de la Comisión y del Consejo, es decir, el RU no tiene un derecho a participar, sino que tan sólo puede solicitarlo; véase también: SPENCER, *Archbold Rev*, (8), 2013, p. 6; de manera crítica respecto al Protocolo nº 36, FLETCHER, «EU Criminal Law Flexibility: What Lessons from the UK Protocol 36 Saga?», en MITSILEGAS *et al.* (eds.), *Handbook*, p. 79 ss.

³⁹ EU Act 2011, parte 1, sec. 6; véase además: SPENCER, «The UK and EU Criminal Law», en MITSILEGAS ET AL., *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, pp. 142 s.; MITSILEGAS, CLR, (63), 2016, p. 517 (p. 518).

⁴⁰ Sobre el proceso que conduce al “*opt-out*” y la retórica a él asociada en el RU véase: SPENCER, *Archbold Rev*, (8), 2013, pp. 7 s.; FLETCHER, en MITSILEGAS *et al.* (eds.), *Handbook*, p. 86 ss., 94 ss.; de manera concisa: BLACKSTOCK/TINSLEY, «The arrival of EU law in criminal proceedings», *Archbold Rev*, (8), 2015, p. 5.

continuaron siendo aplicables, porque el *opt-out*, por un lado, no abarcaba las medidas enmendadas ni las medidas posteriores a Lisboa,⁴¹ y el RU, por otro lado, ha vuelto a aceptar 35 medidas, entre las cuales se hallan algunas de las más importantes en el marco de la CPJMP así como la jurisdicción del TJUE.⁴² Por consiguiente, no sorprende que en la discusión especializada que se ha producido en el ámbito británico la totalidad del ejercicio *Opt-out/Opt-in* haya sido criticada como un “*purely paper one*” y simple “*gesture politics*” sin consecuencias prácticas (“*nil*”).⁴³

Sin embargo, no puede pasarse por alto que, en un sistema jurídico supranacional como el de la UE, un procedimiento selectivo semejante pone en duda la cohesión de todo el sistema.⁴⁴ De esa manera, también las 35 medidas mencionadas fueron descritas como “*part of a very complex network of arrangements, agreements, understandings and controls*”, que no puede ser disuelto sin afectar la estructura general y, al mismo tiempo, las medidas individuales.⁴⁵ En todo caso, el gobierno se obligó a publicar informes anuales sobre *opt-in* y *opt-out*.⁴⁶

Del mismo modo, al RU se le ha hecho difícil, desde siempre, aceptar la jurisdicción del TJUE. Cuando su jurisdicción fue ampliada al segundo y al tercer pilar mediante el Tratado de Ámsterdam,⁴⁷ el RU no entregó la declaración de sujeción necesaria según el Art. 35, párr. 2 TUE (Ámsterdam) para consentir esta ampliación de competencia.⁴⁸ Bajo el régimen de Lisboa, el RU rechazó (*opt-out*) en un primer momento la competencia del TJUE respecto a las medidas policiales

⁴¹ Art. 10, párr. 4, orac. 3 en conexión con el párr. 2 del Protocolo 36.

⁴² Las 35 medidas “mágicas” a las que el RU volvió a ingresar están listadas en el Command Paper 8671, Decision pursuant to Article 10 of Protocol 36 to the TFEU, Julio 2013, pp. 8-12 (p. ej.: ODE, ECRIS, Europol, Eurojust, Decisión Marco de la Unión Europea sobre Medidas de Vigilancia, Nápoles II, equipos conjuntos de investigación, cooperación para la persecución de delitos internacionales por medio de “*contact points*”, reconocimiento mutuo de multas penales, penas privativas de la libertad, órdenes de incautación, medidas de vigilancia, Schengen, SIS II, Art.

54 CAAS, disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235912/8671.pdf, visitado por última vez el 26/05/2017. Véase también la Decisión del Consejo 2014/857/UE del 1.12.2014 relativa a la notificación por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de su deseo de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen contenidas en actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, y por la que se modifican las Decisiones 2000/365/CE y 2004/926/CE, DOUE L 345 del 1/12/2014, p. 1. Véase también: DE BUSSER, *ERA Forum*, (16), 2015, p. 277 (p. 287); BLACKSTOCK/TINSLEY, *Archbold Rev*, (8), 2015, pp. 5 s.; FLETCHER, en MITSILEGAS *et al.* (eds.), *Handbook*, p. 90 ss.; MITSILEGAS, *CLR*, (63), 2016, p. 517 (pp. 520 ss.).

⁴³ Cfr. SPENCER, *Archbold Rev*, (8), 2013, p. 6 (p. 9). En sentido similar: Yvette Cooper, (ex) Ministra del Interior en las sombras, sobre la afirmación del ex Primer Ministro Cameron de haber recuperado los “100 powers from Brussels”: “*We have the power not to do a whole series of things we plan to carry on doing anyway, the power not to follow guidance we already follow, the power not to take action we already take, the power not to meet standards we already meet, the power not to do things that everyone else has already stopped doing and the power not to do a whole series of things we want to do anyway*” (HANSARD, HC Debate, 7/04/2015, columna 363).

⁴⁴ Fundamentalmente crítico, especialmente de los efectos negativos para la protección jurídica, cfr. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, 2016, p. 49 s., 180 s., p. 266.

⁴⁵ Cfr. HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 38 (con cita de Lord Kirkhope).

⁴⁶ HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 7 (Informes en “*form of an updated document describing JHA opt-in and Schengen opt-out decisions taken between 1 December 2009 and the present*”).

⁴⁷ Cfr. Art. 46 TUE (versión de Ámsterdam).

⁴⁸ Al RU se le unieron Irlanda y Dinamarca; cfr. TJUE, Research and Documentation Service, Jurisdiction of the Court of Justice to give preliminary rulings on police and judicial cooperation in criminal matters, marzo de 2008 (http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/art35_2008-09-25_17-37-4_434.pdf, visitado por última vez el 26.5.2017).

y de la justicia penal, pero en el marco del *opt-in* arriba mencionado se sujetó luego a ella con relación a las 35 medidas.⁴⁹

3. Las posibilidades posteriores al Brexit

3.1. El punto de partida

A la luz de la (ya descrita) aceptación altamente selectiva de medidas de Derecho penal de la UE por parte del RU y de su limitada integración en el sistema europeo de justicia criminal únicamente han de esperarse consecuencias limitadas del Brexit para el trabajo conjunto entre el RU y la UE de los 27. El *opt-in* anterior y, especialmente, el reingreso en julio de 2013 en las 35 medidas mencionadas, dejan en claro dónde están ubicados los intereses fundamentales del RU en el ámbito del Derecho penal. Ellos marcan el punto de partida de la posición de negociación del RU, porque la participación ininterrumpida en estas medidas "*will remain in the UK's national interest post-Brexit.*"⁵⁰ Ya como Ministra del Interior, Theresa May dio a entender claramente que con el reingreso en estas medidas el RU perseguiría sus propios intereses de seguridad fundamentales, porque "*bilateral agreements would simply not work as effectively and our co-operation would suffer (...).*"⁵¹ Más tarde confirmó que estas medidas hacían "*a positive difference in fighting crime and preventing terrorism*".⁵² En un informe actual de la Cámara de los Comunes se lee, en similar sentido afirmativo, que "*[t]he reasons for opting into these measures were well rehearsed at the time, and the decision was subject to scrutiny by several parliamentary Committees.*"⁵³

El actual gobierno del RU también es de la opinión que el trabajo conjunto policial y de Derecho penal con la UE resulta de crucial importancia para la estructura de seguridad del RU. David Davis, el Ministro responsable del Brexit ("*Secretary of State for Exiting the EU*"), ha enfatizado que uno de los principales objetivos de las negociaciones debería estar representado por una fuerte cooperación en este ámbito.⁵⁴ En un "Libro Blanco" actual se menciona la cooperación en la lucha contra el delito y el terrorismo como uno de los doce principios rectores para las negociaciones de salida.⁵⁵ Desde la perspectiva de la Cámara de los Lores, el RU se beneficia "*greatly from close and interdependent police and security cooperation with EU institutions and member states.*"⁵⁶ En su

⁴⁹ Véase *supra* nota 42.

⁵⁰ HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 6.

⁵¹ Debate de la House of Commons, 07/04/2014, columnas 31-32, disponible en <https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm140407/debtext/140407-0001.htm>, visitado por última vez el 6 de marzo de 2017.

⁵² Home Secretary's speech on the UK, the EU and our place in the world, 25/04/2016, disponible en: <https://www.gov.uk/government/speeches/home-secretarys-speech-on-the-uk-eu-and-our-place-in-the-world>, visitado por última vez el 26.5.2017.

⁵³ HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 6.

⁵⁴ Debate de la House of Commons del 12/10/2016, columna 328 ("The overarching aims are: [...] maintaining the strong security co-operation we have with the EU; [...]"); en el mismo sentido: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, p. 2, 5, 12 s., 42.

⁵⁵ HER MAJESTY'S (HM) GOVERNMENT, *The UK's exit from and new partnership with the EU*, febrero 2017, Cm. 9417, pp. 61 ss., disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589191/The_United_Kingdom_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Web.pdf, visitado por última vez el 26/05/2017. Véanse también las numerosas opiniones del gobierno en HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 27-30.

⁵⁶ HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 5.

notificación de intención según el Art. 50 TUE ya citada al comienzo⁵⁷, la Primera Ministra May enfatizó otra vez el interés persistente del RU en una fuerte cooperación en materia de seguridad –junto a una estrecha cooperación económica– con la UE. El mencionado informe de la Cámara de los Lores señala como máximas prioridades de los órganos de seguridad del RU para la futura cooperación con la UE a Europol, Eurojust, SIS II, la Orden de Detención Europea (ODE), el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (*“European Criminal Records Information System”*, ECRIS), las Decisiones de Prüm (sobre cooperación transnacional)⁵⁸ y el Sistema de Registro de Nombres de los pasajeros de avión (*Passenger Name Records*, PNR),⁵⁹ lo que muestra la inequívoca preferencia por el acceso a y el intercambio de datos;⁶⁰ la lista se corresponde, en lo esencial, con las 35 medidas arriba mencionadas.⁶¹

El gobierno cree tener una fuerte posición de negociación, porque el RU estaría *“uniquely placed to develop and sustain a mutually beneficial model of cooperation (...) from outside the Union”*; por lo cual sería posible alcanzar el *“best deal (...) to cooperate in the fight against crime and terrorism”* y *“a strong and close future relationship with the EU, with a focus on operational and practical cross-border cooperation”*.⁶² De hecho, el RU participa como antes en todas las 35 medidas mencionadas,⁶³ incluyendo la nueva regulación de la Europol.⁶⁴ Como resultado provisional debe observarse que, en las negociaciones del Brexit, no se trata del “si”, sino sólo del “cómo” de la futura participación británica en la CPJMP.

3.2. Posibles acuerdos concretos

En lo que respecta a las posibles relaciones convencionales entre el RU y el espacio de justicia criminal de la UE, se puede diferenciar entre el nivel institucional, representado sobre todo por Europol y Eurojust, y las actuaciones secundarias (en especial las anteriores decisiones marco). Además, el RU – siguiendo el enfoque suizo – podría adaptar su Derecho interno de manera

⁵⁷ Véase *supra* nota 2.

⁵⁸ Decisión 2008/615/JAI del Consejo de 23/07/ 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, DOUE L 210/1 del 6/08/2008, p. 1 y Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23/06/2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, DOUE L 210/12 del 6/08/2008, p. 12. Sobre la postura del RU véase: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 29 s.

⁵⁹ HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, pp. 2, 10, 27 s.

⁶⁰ Véase también: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, pp. 25-33, 44 s.

⁶¹ Véase *supra* nota 42. El RU se unió nuevamente a las Decisiones de Prüm en mayo de 2016, véase: Decisión (UE) 2016/809 de la Comisión de 20/05/2016 relativa a la notificación por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de su deseo de participar en determinados actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que no forman parte del acervo de Schengen, DOUE L 132/105 del 21/05/2016, p. 105.

⁶² HM GOVERNMENT, *The UK's exit*, pp. 61 s.

⁶³ HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 8-13.

⁶⁴ Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11/05/2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo, DOUE L 135 del 24/05/2016 (en adelante Reglamento Europol 2016), p. 53; además: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. V, nm. 8 ss.; sobre la postura del RU véase: HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 10; celebrando el *“opting-in”*: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 17 s., 43.

independiente y voluntaria a los desarrollos de la Unión, para así posibilitar o facilitar el trabajo conjunto con los estados miembros de la UE.⁶⁵

a) Nivel institucional

A nivel institucional, los acuerdos de cooperación bilateral, al igual que los tienen otros terceros estados⁶⁶, son fácilmente concebibles⁶⁷. Sin embargo, un enfoque de cooperación bilateral de tales características posee limitaciones inmanentes, como veremos más adelante. De todos modos, los órganos de seguridad y los representantes del RU han enfatizado reiteradamente que la continuación del estrecho trabajo conjunto en materia de seguridad con las instituciones mencionadas tiene la máxima prioridad.⁶⁸ El RU utiliza la Europol más que cualquier otro país⁶⁹ y participa en la mayoría de los equipos conjuntos de investigación (ECI).⁷⁰

b) Medidas de Derecho secundario

En lo que respecta a la participación en las medidas de Derecho secundario (reconocimiento mutuo) podrían concertarse acuerdos específicos sobre trabajo conjunto en materia de Derecho penal –en consonancia con la práctica anterior⁷¹–, por ejemplo, sobre la ODE, cuya importancia

⁶⁵ Sobre el modelo suizo de la “aplicación autónoma”: MEYER, «The “Swiss Model” as an Option for the Future UK-EU Relationship», *CLF*, (28), 2017, p. 275 (p. 281); respecto a Noruega: SUOMINEN, «Brexit and EU Criminal Law – The Norwegian Approach», *CLF*, (28), 2017, p. 251 (pp. 252, 265 ss.).

⁶⁶ *Europol* tiene numerosos “*operational agreements*” con terceros estados (entre otros: Australia, Canadá, Colombia, Liechtenstein, Noruega, Suiza y EEUU) y menos “*strategic agreements*” (Bosnia y Herzegovina, Rusia, Turquía, Ucrania), véase: <https://www.europol.europa.eu/partners-agreements>, visitado por última vez el 26.5.2017. *Eurojust* tiene numerosos acuerdos con terceros estados (entre otros: Liechtenstein, Noruega, Suiza, Ucrania y EEUU) y organizaciones, véase: <http://www.eurojust.europa.eu/about/legal-framework/Pages/eurojust-legal-framework.aspx#partners>, visitado por última vez el 26/05/2017; véase al respecto: Art. 26a Decisión Eurojust 2008 (DOUE L 138 del 4/06/2009, p. 14) (en adelante Decisión Eurojust 2008). Sobre Noruega y Suiza en particular véase también: HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 14 s.; sobre Suiza véase asimismo: MEYER, *CLF*, (28), 2017, pp. 285 s.; EPINEY, «Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Großbritanniens zur EU?», en KRAMME et al. (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2016, pp. 78 ss.; sobre Noruega: SUOMINEN, *CLF*, (28), 2017, p. 262.

⁶⁷ Sobre los acuerdos con instituciones (independientes) véase también: MITSILEGAS, *CLR*, (63), 2016, p. 517 (pp. 533 ss.); HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 16. En general sobre modelos de diseño con terceros estados: MÜLLER-GRAFF, en KRAMME ET AL., *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017, pp. 51 ss.

⁶⁸ Cfr. HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, pp. 17, 22; HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 18, 21 (citando al Director de Europol Rob Wainwright y a la National Crime Agency [NCA] con relación a Europol y a la Director of Public Prosecutions [DPP], Alison Saunders, con relación a Eurojust).

⁶⁹ HM GOVERNMENT, *The UK's cooperation with the EU on justice and home affairs, and on foreign policy and security issues, Background Note*, sin fecha, párr. 1.16, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/521926/The_UK_s_cooperation_with_the_EU_on_justice_and_home_affairs_and_on_foreign_policy_and_security_issues.pdf, visitado por última vez el 26/05/2017.

⁷⁰ Cfr. HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 22 (que discute esto con relación a Eurojust). Los ECIs pueden ser establecidos por Eurojust (Art. 6, párr. 1(a)(iv), 7 párr. 1(a)(iv) Decisión Eurojust 2008) o Europol (Art. 4, párr. 1(d), 5, párr. 5 Reglamento Europol 2016). El fundamento jurídico original era el Art. 13 del Convenio de Asistencia Judicial de la UE, DOUE C 197 del 12/07/2000, p.1 y la Decisión marco del Consejo, de 13/06/2002, sobre equipos conjuntos de investigación (2002/465/JAI), DOUE 162 del 20/06/2002, p. 1; para el Consejo de Europa véase el Art. 20 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del 8/11/2001; a nivel del derecho internacional véase el Art. 19 de la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) del 15/11/2000 y el Art. 49 de la Convención de la ONU contra la Corrupción del 31/10/2003.

⁷¹ Véase, por ejemplo: Decisión del Consejo del 27/06/2006 sobre la firma del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la

para el RU no admite controversias⁷². Sin embargo, al RU – como un estado no miembro de Schengen – le quedaría vedado el acceso privilegiado de Noruega e Islandia (siendo estados miembros), a la ODE y al intercambio de información (Prüm, SIS II).⁷³ Hasta ahora, el acceso al ECRIS únicamente ha sido otorgado a los estados miembros de la UE.⁷⁴ Sólo el Sistema de Registro de Nombres de los pasajeros de avión permite expresamente la celebración de acuerdos bilaterales entre la UE y terceros estados, como lo demuestra el Acuerdo UE-Canadá.⁷⁵ Los prácticos y los expertos en seguridad han resaltado especialmente la importancia de SIS II – al cual el RU ingresó en abril de 2015⁷⁶ – con vista a la localización de sospechosos y a la ejecución de ODE y otras medidas de reconocimiento mutuo.⁷⁷ En este contexto sería aconsejable que el RU negociara un acuerdo de asociación con relación al acervo de Schengen (similar a los cuatro estados no miembros de la UE Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).⁷⁸ Más allá de la entrega de sospechosos, el RU debe acordar alguna forma de trabajo conjunto en lo relativo a las medidas generales de investigación en el sentido de los requisitos de la Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI).⁷⁹ Por supuesto, el RU es libre para celebrar acuerdos bilaterales con estados miembros individuales, en caso de que un acuerdo general con la UE no sea posible.⁸⁰ Sin embargo, la desventaja de un enfoque tal es que produciría una multiplicidad de acuerdos – además de aquellos con la UE o con alguna de sus instituciones autónomas – y con ello haría extremadamente confusa la situación legal, lo que de acuerdo con la experiencia conduce a adicionales problemas de aplicación en el nivel operativo.⁸¹

Unión Europea e Islandia y Noruega, DOUE 292/1 del 21/10/2006, p. 1; además: MITSILEGAS, *CLR*, (63), 2016, p. 517 (p. 533); HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* n. 7650, 2017, p. 16.

⁷² Cfr. HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, pp. 34 s.; HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* n. 7650, 2017, pp. 23-25 (entre otras p. 24, con cita de la NCA, que expresa que *“leaving the EAW would [...] pose a huge public protection risk to the UK”*). En el año 2015, el RU ha recibido alrededor de 12600 ODE, de ellas más de 2200 provenientes de Alemania, <http://www.nationalcrimeagency.gov.uk/publications/european-arrest-warrant-statistics>, visitado por última vez el 26/05/2017.

⁷³ Véase HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, pp. 30 s., 35 s.; HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* n. 7650, 2017, pp. 23, 25 s.; sobre la importancia del ECRIS y de los datos de pasajeros de avión especialmente: HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, pp. 26-28.

⁷⁴ HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, p. 31

⁷⁵ El nuevo acuerdo fue firmado el 25/06/2014 (12657/1/13 REV 1), pero fue impugnado por el TJUE (el Procurador General vio una lesión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cfr. <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20160908IPR41656/eu-canada-pnr-legal-opinion-affirms-parliament-s-privacy-concerns>, visitado por última vez el 26/05/2017). Véase también: HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, p. 31.

⁷⁶ HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, p. 25 (que señala que entre abril de 2015 y el 31/03/2016 6,400 alertas de otros estados llevaron a resultados en el RU).

⁷⁷ Cfr. HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, pp. 25 s. (que cita a la NCA, según la cual SIS II es un *“absolute game changer for the UK”*); HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* n. 7650, 2017, pp. 22, 25 (en la p. 22 cita al DPP que, entre otras cosas, observó: *“That helps us because, when we issue a European arrest warrant, we do not just issue it to a particular country; it can go to all 27”*).

⁷⁸ Véase *supra* nota 19.

⁷⁹ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3/04/2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE L 130 del 1/05/2014, p. 1; además: AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. IV, nm. 88 ss. Sobre la postura del RU véase: HOUSE OF LORDS, *HL Paper* 77, 2016, p. 40.

⁸⁰ Respecto a ello también: MITSILEGAS, *CLR*, (63), 2016, p. 517 (p. 534); HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper* n. 7650, 2017, p. 16.

⁸¹ Crítico de los aproximadamente 120 acuerdos bilaterales UE-Suiza: MEYER, *CLF*, (28), 2017, pp. 289 ss.

c) Nuevas formas de cooperación

En atención al estatus especial y a la significación particular del RU en la arquitectura de la seguridad de la UE también son concebibles “*alternative arrangements*”⁸² completamente novedosos. Debe partirse de la base de que una cooperación en materia penal lo más estrecha posible resulta de mutuo interés para la UE y el RU, porque ambos lados la aprovechan y el RU — como puerta de entrada a la *Commonwealth* y especialmente a los EEUU (*Five Eyes alliance*) — tiene para ofrecer, obviamente, más que cualquier otro tercer estado⁸³. Existen pues suficientes razones a favor de cierta creatividad de las delegaciones negociadoras para desarrollar esas formas de cooperación “*alternativas*”. Aunque el marco temporal de dos años, que en principio prevé el Art. 50, párr. 3 TUE, pueda ser demasiado corto para ello⁸⁴ y no se eche mano por razones políticas de la posibilidad de prórroga allí prevista⁸⁵; sin embargo, es posible suponer que un *hard-Brexit* será contrarrestado, también en el ámbito de la arquitectura de la seguridad, por medio de un acuerdo de transición, como también podría ser el caso en otros ámbitos (como en las futuras relaciones comerciales). En cualquier caso, no puede pasarse por alto que — con independencia del tipo de acuerdo posterior al Brexit — la forma de la futura cooperación se diferenciará fundamentalmente de la que se lleva a cabo al interior de la Unión. Los enfoques alternativos poseen límites inmanentes, como lo demuestra el ejemplo suizo de una manera impresionante⁸⁶. MITSILEGAS señala acertadamente en este aspecto que ninguna de las opciones posteriores al Brexit discutidas hasta ahora estará en condiciones “*of providing to the UK a level of co-operation which is equivalent to the current level of co-operation as a member of the EU (...)*”⁸⁷. Esto también es reconocido por voces británicas oficiales, como la Cámara de los Comunes⁸⁸ o la Cámara de los Lores (que ve, incluso, un riesgo para la seguridad)⁸⁹.

d) Conclusiones

Con todo, la situación del RU luego de la salida empeorará tanto en el aspecto político, como en el operativo. A nivel político, el gobierno del RU no podrá influir más en el Derecho de la Unión; a nivel operativo, las solicitudes del RU — como las de un tercer Estado — no tendrán la misma prioridad que las solicitudes internas de la UE y la CPJMP recaerá en la asistencia jurídica

⁸² HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 3.

⁸³ Ello ya ha sido reiteradamente señalado por funcionarios del RU y por expertos, véase, por ejemplo, HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, pp. 31 s., 33.

⁸⁴ Véase también: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 2 (“many years to negotiate”), 23, 24 (con relación a la duración de las negociaciones del Acuerdo Eurojust), 38 (Acuerdo ODE). El Acuerdo Noruega-UE (véase *supra* nota 71) aún no ha entrado en vigor, sobre ello: SUOMINEN, *CLF*, (28), 2017, p. 259.

⁸⁵ Al respecto, por ejemplo, de manera concisa: MÜLLER-GRAFF, en KRAMME *et al.* (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017, p. 33 (p. 47).

⁸⁶ Véase: MEYER, *CLF*, (28), 2017, pp. 289 ss. (que infiere que “*the bilateral approach provides no viable institutional framework to cope with the demands of significantly increased cooperation. It no longer fits the level of actual cooperation and intertwinement. It is ill-prepared to foster a dynamic and cooperative evolution of common standards*” [295]).

⁸⁷ MITSILEGAS, *CLR*, (63), 2016, p. 517 (p. 534).

⁸⁸ HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 16 (“*it appears unlikely that any of these options would provide an equivalent level of co-operation as that currently enjoyed by the UK*”).

⁸⁹ HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 13 (“*real risk that any new arrangements the Government and EU-27 put in place by way of replacement when the UK leaves the EU will be sub-optimal relative to present arrangements, leaving the people of the UK less safe*”), también p. 42.

tradicional con base en los respectivos convenios del Consejo de Europa.⁹⁰ En lo que se refiere a Europol, sería más bien el tipo de acuerdo –únicamente estratégico o además de ello también operativo⁹¹– lo que determinaría el estatus del RU;⁹² incluso en el caso más favorable de un acuerdo (también) operativo, el RU no tendría el mismo acceso a los bancos de datos de Europol que sí poseen los estados miembros de la UE, no sería miembro del Consejo de Administración⁹³ y sólo podría enviar oficiales de enlace si este estuviera de acuerdo.⁹⁴ El RU también perderá, seguramente, su asiento en la Comisión de Control parlamentaria, porque ésta se compone de los parlamentos nacionales y del Parlamento Europeo.⁹⁵ Del mismo modo, con relación a Eurojust, el RU no podría participar más en su Célula de Coordinación de Emergencias⁹⁶ y tampoco tendría acceso al sistema de gestión de casos de Eurojust.⁹⁷ No está claro cómo un Fiscal de enlace del RU podría trabajar en conjunto con Eurojust –sobre la base de un acuerdo bilateral–, especialmente, si podría participar en la coordinación transnacional de investigaciones de la misma manera que los fiscales de enlace de los estados miembros de la UE.⁹⁸ Además, tanto con respecto a Europol como a Eurojust sería difícil eludir la jurisdicción del TJUE, tan inestimada por el RU.⁹⁹ La prosecución de la participación en los ECIs podría alcanzarse mediante un acuerdo bilateral¹⁰⁰ o a través de la participación en los acuerdos de Derecho internacional pertinentes.¹⁰¹ Un procedimiento de entrega similar al de la ODE requeriría, como ya se ha señalado anteriormente, de un acuerdo como aquél con Noruega/Islandia, lo que a su vez presupone la membresía Schengen; de otro modo sería de aplicación (otra vez) el engorroso Convenio Europeo de Extradición (CEExt) de 1957.¹⁰² Sin embargo, incluso si se pudiera celebrar un acuerdo como aquél con Noruega/Islandia, se presentaría el problema de que el Art. 6 del CEExt prevé una prohibición de la extradición de los propios nacionales y una renuncia a ella para los estados miembros con

⁹⁰ HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 16, 21 s.; sobre la pérdida de influencias políticas y estratégicas también: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 10 (con citas de funcionarios de seguridad), pp. 13, 23.

⁹¹ Sobre esta distinción véase la nota 66.

⁹² Acerca de la discusión respecto a RU véase HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 17 s.

⁹³ Sobre la composición véase el Art. 10 del Reglamento Europol 2016 (representantes de los estados miembros y de la Comisión).

⁹⁴ Cfr. Art. 8 Reglamento Europol 2016 (los funcionarios de enlace son enviados, en principio, por las unidades nacionales de los estados miembros). Cfr. también: HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 17-20, 26 (que en la p. 19 cita a Peers y realiza una comparación con Dinamarca, que se retiró de todas las medidas posteriores a Lisboa y que, por ello, no participa en el nuevo Reglamento Europol 2016).

⁹⁵ Cfr. Art. 51, párr. 1 Reglamento Europol 2016; también: HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 19-20.

⁹⁶ Este servicio es atendido fundamentalmente por un representante por cada Estado miembro, Art. 5a, párr. 2, Decisión Eurojust 2008.

⁹⁷ Sobre esto véase Art. 16 Decisión Eurojust 2008; también: HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 21.

⁹⁸ Los miembros nacionales provienen fundamentalmente de estados miembros (Art. 2, Decisión Eurojust 2008) y, por ende, sólo ellos participan en las actividades de coordinación e investigación; para una discusión véase también: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 23 (citando especialmente al DPP).

⁹⁹ Cfr. con relación a Europol: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 19.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, el Art. 20, párr. 1 del Schweizerisch-Deutscher Polizeivertrag [Acuerdo Policial Germano Suizo] del 27/04/1999, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995927/index.html>, visitado por última vez el 26/05/2017; sobre los problemas de Suiza en este aspecto: MEYER, CLF, (28), 2017, p. 292; en general: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 24.

¹⁰¹ A nivel del Consejo de Europa, el RU ya es parte contratante del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y, a nivel internacional, tanto de la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada así como de la Convención contra la Corrupción de la ONU (ambas entraron en vigor el 9/02/2006); todas ya citadas en la nota 70.

¹⁰² Para una crítica acertada véase: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, pp. 36-38.

una tal prohibición (confróntese Art. 16 de la Ley Fundamental alemana)¹⁰³ sería difícilmente aceptable.

Por último, no debe pasarse por alto que ninguna colaboración posterior al Brexit entre el RU y la UE —contrariamente al interés expreso del RU en convenios de persecución y juzgamiento “hechos a medida” (“bespoke”)¹⁰⁴— permite una “complete independence from EU law”¹⁰⁵, porque este Derecho sería aplicable, al igual que antes, sobre la UE y sus estados miembros (como socios del tercer Estado RU). En tal sentido, cualquier acuerdo entre el RU y la UE también tendría que ser interpretado por el TJUE.¹⁰⁶ A pesar de que esa interpretación ya no sería vinculante para el tercer Estado RU, lo afectaría indirectamente a través del acuerdo correspondiente (en la interpretación del TJUE). Asimismo, debería establecerse un mecanismo de solución de controversias, en el que posiblemente estaría involucrado el TJUE.¹⁰⁷

4. Perspectivas

El estatus especial del RU y su gran influencia en el desarrollo de los fundamentos jurídicos del Derecho penal europeo y, especialmente, en el ámbito de la CPJMP¹⁰⁸ hacen que la esperanza del gobierno británico respecto a un *deal* especial, que armonice los intereses británicos de soberanía y de seguridad, no se presente completamente injustificada. Sin embargo, el enfoque desde siempre selectivo del RU en el ámbito de la justicia penal —una mezcla de decisiones *opt-out*, *opt-in* y ni/ni— hace que las negociaciones sean más complejas que con los estados miembros “normales”; además, es probable que algunos estados miembros que siempre han visto de un modo crítico el tratamiento especial al RU, opongan mayor resistencia a un *deal* especial. Sin embargo, probablemente se impondrá como resultado el interés mutuo en una estrecha asociación en materia de seguridad, precisamente en tiempos de una amenaza terrorista global, y la estrecha CPJMP entre el RU y la UE proseguirá. Las bases jurídicas para ello pueden crearse si existe, en ambos lados, la voluntad política correspondiente y también la disposición a implementar soluciones novedosas y no convencionales.

¹⁰³ Sobre prohibiciones similares en otros estados miembros cfr. AMBOS, *Derecho Penal Europeo*, 2017, Cap. IV, nm. 55.

¹⁰⁴ Cfr. HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, p. 11 (que cita la postura del gobierno, según la cual las leyes se hacen en Westminster, no en Bruselas, y estas leyes deberían ser interpretadas por los tribunales británicos, no por el TJUE), pp. 13, 42.

¹⁰⁵ HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, p. 16.

¹⁰⁶ Cfr. Art. 218 TFUE sobre acuerdos con terceros estados y el posible dictamen por parte del TJUE (Art. 218, párr. 11) acerca de la compatibilidad de tales acuerdos con los tratados. Véase también: HOUSE OF LORDS, *HL Paper 77*, 2016, pp. 11 s.

¹⁰⁷ Véase también: HOUSE OF COMMONS, *Briefing Paper n. 7650*, 2017, pp. 16 s.; EPINEY, en KRAMME *et al.* (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2016, pp. 78, (95 ss.).

¹⁰⁸ Véase también: MITSILEGAS, «European Criminal Law after Brexit», *CLF*, (28), 2017, p. 219 (pp. 246 ss.) (que resalta el aporte del RU al Derecho penal europeo en cuatro niveles: operativo, estratégico, legislativo y con relación a la transposición).

5. Bibliografía

AMBOS (2017), *Derecho Penal Europeo*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

ASP (2016), *Procedural Criminal Law Cooperation of the EU*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms Universitet, Estocolmo.

BOCK, *Europäisches Finanzschutzstrafrecht*, en prensa.

BLACKSTOCK/TINSLEY (2015), «The arrival of EU law in criminal proceedings», *Archbold Review*, (8), pp. 5 ss.

DASHWOOD *et al.* (2011), *European Union Law*, 6^a ed., Hart Publishing, Oxford.

DE BUSSE (2015), «The Lisbon after-burn effect», *ERA Forum*, (16), pp. 277 ss.

EISELE (2016), «Grundrechtliche Grenzen des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung – Eine Betrachtung im Spiegel der Kommentierung des Art. 82 AEUV durch Joachim Vogel», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtpflege*, Nomos, Baden Baden, p. 221 ss.

EPINEY (2016), «Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Großbritanniens zur EU?», en KRAMME *et al.*, *Brexit und die juristischen Folgen*, Nomos, Baden Baden, pp. 78 ss.

FLETCHER (2016), «EU Criminal Law Flexibility: What Lessons from the UK Protocol 36 Saga?», en MITSILEGAS/BERGSTRÖM/KONSTADINIDES (eds.), *Handbook on EU Criminal Law*, e-Elgar, p. 82.

HERCHENRÖDER (2017), «Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht», en KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, Nomos, Baden Baden, pp. 57 ss.

HERLIN-KARNELL (2013), «Denmark and the European Area of Freedom, Security and Justice: a Scandinavian Arrangement», *Amsterdam Law Forum*, (5), pp. 95 ss.

HER MAJESTY'S (HM) GOVERNMENT (2017), *The UK's exit from and new partnership with the EU*, Cm. 9417, pp. 61 ss., disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589191/The_United_Kingdoms_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Web.pdf, visitado por última vez el 26/05/2017.

_____, (—), *The UK's cooperation with the EU on justice and home affairs, and on foreign policy and security issues, Background Note*, párr. 1.16, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/521926/The_UK_s_cooperation_with_the_EU_on_justice_and_home_affairs_and_on_foreign_policy_and_security_issues.pdf, visitado por última vez el 26/05/2017.

HOME SECRETARY'S SPEECH ON THE UK (2016), "The EU and our place in the world", disponible en: <https://www.gov.uk/government/speeches/home-secretarys-speech-on-the-uk-eu-and-our-place-in-the-world>, visitado por última vez el 26.5.2017.

HOUSE OF COMMONS (2017), «Brexit: implications for policing and criminal justice cooperation», *Briefing Paper n° 7650*.

HOUSE OF LORDS (2016), «EU Home Affairs Sub-Committee, Future UK-EU Security and Policing Cooperation», *HL Paper 77*.

HUYBREGHTS (2015), «The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution», *ERA Forum*, (16), pp. 379 ss.

MEYER, (2017), «The "Swiss Model" as an Option for the Future UK-EU Relationship», *Criminal Law Forum*, (28), pp. 275 ss.

————— (2017), «Der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens – Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips», *Europarecht*, pp. 163 ss.

————— (2016), «Verbundstrafverfolgung in der EU», en HERZOG/WOHLERS/SCHLOTHAUER (eds.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 194 ss.

MITSILEGAS (2017), «European Criminal Law after Brexit», *Criminal Law Forum*, (28), pp. 219 ss.

————— (2016), *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Hart Publishing, Bloomsbury/Oxford.

————— (2016), «The uneasy relationship between the UK and European Criminal Law: From Opt-Outs to Brexit?», *Criminal Law Review*, (63), pp. 517 ss.

MÜLLER-GRAFF (2017), «Brexit – die unionsrechtliche Dimension», en KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, Nomos, Baden Baden, pp. 33 ss.

NILSSON (2014), «Where Should the EU go in Developing its Criminal Policy in the Future?», *eucrim*, pp. 19 ss.

SPENCER (2015), «The UK and EU Criminal Law», en MITSILEGAS *et al.*, *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice*, Hart Publishing, Oxford, pp. 142 ss.

————— (2013), «Opting out of EU Criminal Justice - Withdrawal, or an Exercise in Smoke and Mirrors?» *Archbold Review*, (8), pp. 6 ss.

————— (2012), «Opting out of EU Criminal Justice?», *Archbold Review*, (7), pp. 6 ss.

STREINZ (2017), «Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten» en KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEL (eds.), *Brexit und die juristischen Folgen*, Nomos, Baden-Baden, pp. 17 ss.

SUOMINEN (2017), «Brexit and EU Criminal Law – The Norwegian Approach», *Criminal Law Forum*, (28), pp. 251 ss.

THIELE (2016), «Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“», *Europarecht*, pp. 281 ss.

TJUE (2008), Research and Documentation Service, Jurisdiction of the Court of Justice to give preliminary rulings on police and judicial cooperation in criminal matters, (http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/art35_2008-09-25_17-37-4_434.pdf, visitado por última vez el 26.5.2017).

VOGEL (2014), «Artikel 82 AEUV», en GRABITZ/HILF/NETTESHEIM (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, EUV/AUV, C.H. Beck, Múnich, pp. 60 ss.

WALKER (2016), «The European Fallout», *German Law Journal*, (17), pp. 125 ss.