



UNIVERSIDAD DE JAÉN
FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO
PÚBLICO Y COMÚN EUROPEO

TESIS DOCTORAL

LOS DERECHOS PROCESALES
FUNDAMENTALES EN LOS PROCESOS
PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

PRESENTADA POR:
MANUEL LÓPEZ JARA

DIRIGIDA POR:
DR. D. VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO

JAÉN, 17 DE NOVIEMBRE DE 2015

ISBN 978-84-16819-05-8

LOS DERECHOS PROCESALES FUNDAMENTALES EN LOS PROCESOS PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

INDICE

INDICE.....	5
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I.....	31
EL PROCESO PENAL Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES.....	31
1. EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA EL EJERCICIO DEL <i>IUS PUNIENDI</i> POR LOS ESTADOS.....	31
1.1. El proceso penal. Concepto y naturaleza. La función instrumental del proceso como medio para el ejercicio del <i>ius puniendi</i> por los Estados.....	31
1.2. El proceso penal como sistema de garantías para evitar el castigo del inocente.....	34
1.3. Principios inspiradores del proceso penal.....	35
2. EL ESTADO DE DERECHO Y EL PROCESO PENAL. EL DEBIDO PROCESO COMO MODELO PROCESAL	36
2.1. El surgimiento de la idea del justo proceso o del debido proceso	36
2.2. Caracteres del justo proceso	37
2.2.1. El carácter suprapositivo.....	37
2.2.2. El carácter supranacional.....	38
3. Los derechos y garantías procesales	40
3.1. La innecesaria distinción entre derechos (subjctivos) y garantías procesales.....	40
3.2. Ausencia de un <i>numerus clausus</i> en los derechos y garantías procesales.....	42
4. LA PLASMACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN DERECHOS Y GARANTÍAS CONCRETAS.....	42
4.1. La aparición en los ordenamientos internos a través de los distintos códigos procesales	42
4.1.1. La Revolución francesa y el nuevo proceso penal liberal	43
4.1.2. El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y su influencia en Europa. El movimiento codificador	44

4.1.3. El caso español: La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.....	45
4.2. La constitucionalización en Europa tras la Segunda Guerra Mundial.....	49
4.2.1. En general	49
4.2.2. El caso español: La Constitución de 1978 y las garantías constitucionales del proceso penal.....	51
4.3. El surgimiento del Derecho internacional de los derechos humanos	53
4.3.1. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos.....	54
4.3.2. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos.....	55
4.3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	60
5. RECAPITULACIÓN: LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES. ACOTACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.....	65
5.1. La vinculación entre el proceso penal y los derechos fundamentales	65
5.2. Enumeración de los derechos y garantías procesales: el artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, como punto de partida, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Plan de Trabajo de 2009	65
5.3. El Plan de trabajo para reforzar los derechos y garantías procesales	67
CAPITULO II.....	71
ANTECEDENTES: DE LOS PRIMEROS INTENTOS A LA FALLIDA PROPUESTA DE DECISIÓN MARCO DE 2004.....	71
1. EL <i>CORPUS IURIS</i> DE 1997 Y SUS SUCESIVAS VERSIONES	71
2. EL CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE DE 1999 Y EL PROGRAMA DE MEDIDAS PARA PONER EN MARCHA EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL.....	74
2.1. Previo: el camino hasta Tampere.....	74
2.2. El Consejo Europeo de Tampere de 1999	77
2.3. El Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal	78
3. EL LIBRO VERDE de 2001 SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS INTERESES FINANCIEROS COMUNITARIOS Y LA CREACIÓN DE UN FISCAL EUROPEO	79
4. EL LIBRO VERDE SOBRE GARANTÍAS PROCESALES PARA SOSPECHOSOS E INCUPLADOS EN PROCESOS PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA DE 2003	80
4.1. Introducción.....	80
4.2. Objetivos perseguidos por la Comisión con el Libro Verde.....	81

4.3.	Base jurídica	82
4.4.	Ámbitos subjetivo y objetivo.....	84
4.5.	Método de trabajo para la elaboración del Libro Verde.....	85
4.6.	Medidas de cumplimiento y control	86
4.7.	En particular, los derechos abordados por el Libro Verde	88
5.	LA PROPUESTA DE RECOMENDACIÓN DEL PARLAMENTO AL CONSEJO, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003	90
5.1.	Génesis de la Propuesta	90
5.2.	Estructura y contenido de la propuesta.....	92
5.2.1.	Derecho a la defensa por abogado	92
5.2.2.	Derechos a la traducción y a la interpretación.....	93
5.2.3.	Personas especialmente vulnerables	94
5.2.4.	Derechos de comunicación con la autoridad consular.....	94
5.2.5.	La Carta de Derechos.....	94
5.3.	Medidas de control o supervisión sobre el cumplimiento de las normas mínimas.....	95
5.3.1.	Alcance de la protección. Consecuencias de su inobservancia.....	96
5.3.2.	Otras propuestas del Parlamento.....	96
6.	LA PROPUESTA DE DECISIÓN MARCO de 2004 RELATIVA A DETERMINADOS DERECHOS PROCESALES PENALES CELEBRADOS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	97
6.1.	Objetivo perseguido por la propuesta.....	97
6.2.	La Decisión marco como contrapartida a otros instrumentos ya adoptados en materia de cooperación jurídica penal, en especial a la Orden europea de detención y entrega.....	98
6.3.	Contenido del proyecto de Decisión marco.....	99
6.4.	Ámbito de aplicación.....	100
6.5.	El fracaso de las negociaciones. La presentación por la presidencia austriaca de una nueva propuesta “suavizada”	101
6.6.	La Propuesta de Resolución Política del Reino Unido.....	103
6.7.	Principales argumentos para el rechazo de la Propuesta de Decisión marco 104	
6.8.	Alternativas al bloqueo y abandono de la propuesta	106
CAPITULO III		107
MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL. LA COMPETENCIA DE LA UNION EUROPEA PARA REGULAR DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES PENALES COMO MEDIO PARA ALCANZAR UN ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA		107

1.	MARCO JURÍDICO ACTUAL TRAS EL TRATADO DE LISBOA.....	107
1.1.	El Consejo Europeo de Estocolmo de 2009 como punto de partida.....	107
1.2.	El Programa de Estocolmo. Instrumentos para su aplicación.....	109
1.3.	El Plan de acción en desarrollo del programa de Estocolmo.....	113
1.4.	El Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales de 2009.....	115
1.4.1.	Contexto en el que surge.....	115
1.4.2.	Ámbito de aplicación, características y contenido del Plan.....	117
1.5.	El Derecho originario: El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa.....	120
1.6.	La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	125
1.7.	El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	128
2.	LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA REGULAR LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LOS PROCESOS PENALES	132
2.1.	Delimitación de la competencia cuyo ejercicio pretende la UE	132
2.2.	El principio de atribución de competencias.....	133
2.3.	Las competencias de la UE: categorías	135
2.4.	Naturaleza de la competencia analizada: las competencias compartidas.....	136
3.	REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD	141
3.1.	El principio de subsidiariedad	141
3.2.	El control del cumplimiento del principio de subsidiariedad	144
3.2.1.	Control político: los Parlamentos nacionales y la alerta temprana.....	145
3.2.2.	Control judicial	147
3.3.	El principio de proporcionalidad como criterio rector en el ejercicio de la competencia	147
4.	EL OBJETIVO PERSEGUIDO POR LA UE CON EL EJERCICIO DE ESTA COMPETENCIA: LA CONSECUCCIÓN DE UN VERDADERO ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. UN ESPACIO COMÚN DE JUSTICIA PENAL	150
5.	EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO	153
6.	EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA <i>AD INTRA</i> : LAS INSTITUCIONES EUROPEAS Y SUS COMPETENCIAS PARA REGULAR LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES	157

6.1.	Las instituciones europeas y los principios de equilibrio institucional y de cooperación leal	157
6.2.	El Consejo.....	159
6.3.	La Comisión.....	160
6.4.	El Consejo Europeo	162
6.5.	El Parlamento.....	163
6.6.	El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	165
6.7.	Otros órganos e instituciones.....	168
6.7.1.	Los Parlamentos nacionales.....	168
6.7.2.	Los órganos consultivos: el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social.	169
6.7.3.	La Agencia Europea de los Derechos Fundamentales.....	170
7.	EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO.....	171
8.	LA DIRECTIVA COMO INSTRUMENTO NORMATIVO A UTILIZAR EN ESTE ÁMBITO	174
9.	LA SOBERANÍA NACIONAL COMO FRENO A LA ARMONIZACIÓN EN LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES.....	178
9.1.	La necesaria armonización del Derecho penal. Avances y reticencias.....	178
9.2.	La postura del Tribunal Constitucional español.....	180
9.3.	La postura del Tribunal Constitucional alemán	184
9.4.	La exclusión voluntaria de determinados Estados	186
9.5.	El afianzamiento, pese a las dificultades, de un Derecho penal sectorial a través del principio de reconocimiento mutuo	188
CAPÍTULO IV.....		193
ESTADO ACTUAL Y GRADO DE DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL PLAN DE TRABAJO DE 2009: LAS DIRECTIVAS YA APROBADAS.....		193
1.	LOS DERECHOS A LA TRADUCCIÓN Y A LA INTERPRETACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES: LA DIRECTIVA 2010/64/UE, DE 20 DE OCTUBRE DE 2010	193
1.1.	Causas para la regulación de estos derechos en primer lugar.....	193
1.2.	El procedimiento de elaboración de la norma: de la Decisión marco a la Directiva.....	194
1.3.	Base legal, objeto y finalidad de la norma.....	196
1.4.	Destinatarios y transposición.....	198
1.5.	Naturaleza de los derechos a la traducción y a la interpretación.....	199
1.6.	Estructura y contenido de la norma	200
1.6.1.	Ámbito de aplicación	200

1.6.2.	El derecho a la interpretación	202
1.6.3.	El derecho a la traducción de documentos esenciales	204
1.6.4.	La renuncia a estos derechos	205
1.6.5.	Denegación del derecho por las autoridades y recursos contra esta decisión	206
1.6.6.	La preocupación por la calidad de la traducción y de la interpretación	207
1.6.7.	Gratuidad para el sospechoso o acusado.....	208
2.	LOS DERECHOS DE INFORMACION EN LOS PROCESOS PENALES: LA DIRECTIVA 2012/13/UE, DE 22 DE MAYO DE 2012	209
2.1.	Sobre la necesidad de regular los derechos a la información en los procesos penales	209
2.2.	Punto de partida: la regulación preexistente de estos derechos, en especial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	211
2.3.	Fundamento de los derechos a la información	213
2.4.	Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva.....	213
2.5.	El derecho a la información sobre los derechos y garantías que posee el sospechoso o acusado	214
2.6.	El derecho a recibir por escrito una declaración de los derechos que asisten al detenido.....	215
2.7.	El derecho a recibir información de la acusación.....	218
2.8.	El derecho de acceso a los materiales del expediente. Límites y modo de acceso.....	220
3.	LOS DERECHOS A LA ASISTENCIA LETRADA, A INFORMAR SOBRE LA DETENCIÓN Y A COMUNICAR CON TERCEROS Y CON LAS AUTORIDADES CONSULARES: LA DIRECTIVA 2013/48/UE, DE 22 DE OCTUBRE DE 2013	223
3.1.	Objeto de la directiva: los derechos a la asistencia letrada y los derechos a comunicar la detención.....	223
3.2.	Ámbito de aplicación.....	226
3.3.	El derecho al asesoramiento jurídico por letrado	228
3.3.1.	Sobre la importancia del derecho.....	228
3.3.2.	Su regulación en el CEDH y alcance del derecho según la jurisprudencia del TEDH.....	229
3.3.3.	Regulación, en particular, del derecho a la asistencia letrada, en la Directiva	230
3.3.4.	Momento a partir del cual el sospechoso o acusado ha de contar con asistencia letrada	231
3.3.5.	Contenido del derecho	232
3.3.6.	Limitaciones o derogaciones temporales	234

3.3.7.	El derecho a la asistencia letrada en los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea	235
3.4.	Los derechos del detenido a que se informe de la detención a un tercero y a comunicar con terceros	237
3.4.1.	Derecho a poner en conocimiento de un tercero el hecho de la detención.....	237
3.4.2.	Derecho del detenido a comunicarse con terceros.....	238
3.5.	El derecho del detenido a comunicar con las autoridades consulares y a recibir la visita de éstas	238
3.5.1.	Regulación, en concreto, de estos derechos en la Directiva	240
3.5.2.	Consecuencias de la inobservancia de estos derechos conforme al Derecho internacional.....	241
3.5.3.	Ciudadanía europea y protección consular	243
3.6.	Requisitos para la renuncia de estos derechos en los supuestos en que sea posible.....	244
4.	DISPOSICIONES COMUNES A LAS DIRECTIVAS YA APROBADAS	245
4.1.	La existencia de registros.....	245
4.2.	La formación de los operadores jurídicos.....	246
4.3.	La cláusula de no regresión	246
4.4.	Entrada en vigor y plazos para la incorporación a los Derechos internos. Verificación por la Comisión.....	248

CAPÍTULO V 251

LAS NUEVAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS RECONOCIDOS EN OTRAS NORMAS, AL MARGEN DEL PLAN DE TRABAJO DE 2009..... 251

1.	INTRODUCCIÓN. ENTORNO EN EL QUE SURGEN LAS NUEVAS PROPUESTAS.....	251
2.	LA PROPUESTA DE DIRECTIVA POR LA QUE SE REFUERZAN CIERTOS ASPECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL PROPIO JUICIO EN LOS PROCESOS PENALES	254
2.1.	Objeto y finalidad de la propuesta	254
2.2.	Justificación de la regulación.....	255
2.3.	Ámbito de aplicación.....	255
2.4.	La presunción de inocencia	256
2.4.1.	Marco normativo. Antecedentes	256
2.4.2.	Contenido y manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia	257

2.5.	Regulación del derecho a la presunción de inocencia en la propuesta de Directiva.....	258
2.5.1.	El derecho a no ser presentado públicamente como condenado antes de la sentencia firme.....	258
2.5.2.	Carga de la prueba y fuerza probatoria.....	259
2.5.3.	Los derechos a no autoinculparse, a no cooperar con la investigación y a guardar silencio.....	260
2.5.4.	Regulación del derecho a no autoinculparse y a no contestar	261
2.5.5.	El derecho a guardar silencio. Carácter absoluto o relativo del mismo.....	262
2.5.6.	Disposiciones comunes a los derechos a no inculparse, no cooperar y a guardar silencio	264
2.6.	El derecho a estar presente en el propio juicio	264
2.6.1.	Excepciones. Los juicios en ausencia del acusado	265
2.6.2.	Condiciones para la validez de los juicios en ausencia del acusado.....	265
2.7.	Derecho a un nuevo juicio cuando indebidamente se ha celebrado el juicio en ausencia del acusado.....	267
3.	GARANTÍAS PROCESALES DE LOS MENORES SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN LOS PROCESOS PENALES.	268
3.1.	Objeto de la Directiva.....	268
3.2.	Ámbito de aplicación.....	271
3.3.	Análisis en concreto de los derechos y especialidades de éstos regulados por la Directiva.....	275
3.3.1.	El derecho a la información de los menores.....	275
3.3.2.	El derecho del menor a que el titular de la responsabilidad parental sea informado y derecho de éste a ser informado	276
3.3.3.	El derecho a la asistencia letrada. Obligatoriedad. Gratuidad	276
3.3.4.	El derecho a una evaluación individual	277
3.3.5.	El derecho a reconocimiento médico.....	278
3.3.6.	Los derechos del menor a estar presente en su propio juicio y del responsable parental a asistir a las vistas	279
3.4.	Normas de procedimiento.....	280
3.4.1.	Atención, en todo caso, a las circunstancias personales de menor	280
3.4.2.	Grabación audiovisual de los interrogatorios al menor. Excepciones	280
3.4.3.	Tramitación rápida y diligente y privacidad del menor.....	280

3.5.	Consideraciones sobre la situación de libertad y privación de la misma en relación con los menores sospechosos o acusados. Alternativas.....	281
4.	LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LOS SOSPECHOSOS O ACUSADOS PRIVADOS DE LIBERTAD Y A PERSONAS DETENIDAS EN VIRTUD DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA	283
4.1.	El derecho a la asistencia jurídica gratuita como derecho instrumental y complementario al derecho a la asistencia letrada.....	283
4.2.	Precisiones terminológicas: los conceptos de asistencia jurídica gratuita y asistencia jurídica gratuita provisional	284
4.3.	Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva.....	285
4.4.	Regulación, en concreto, del derecho a la asistencia jurídica gratuita provisional	286
4.5.	Particularidades del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el caso de personas buscadas por una Orden de detención europea.....	288
5.	DISPOSICIONES COMUNES A LAS TRES PROPUESTAS DE DIRECTIVAS ANTERIORES	288
6.	LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA	289
6.1.	Contexto el que el surge la ODE	289
6.2.	Las cláusulas generales de sumisión a los principios fundamentales de la Unión.....	291
6.3.	La suspensión de la ejecución de la Orden de detención europea ante la violación grave de un Estado miembro de los principios democráticos.....	292
6.4.	Derechos y garantías durante la tramitación del procedimiento de solicitud de entrega	292
6.4.1.	Los derechos a la información	293
6.4.2.	El derecho a la asistencia letrada y a la interpretación	293
6.5.	Garantías para prevenir violaciones de los derechos fundamentales en el estado de emisión, con posterioridad a la entrega, en particular por condenas dictadas en rebeldía del reo	294
6.6.	Otros derechos y garantías procesales en la Directiva reguladora de la Orden de detención europea	296
6.6.1.	El derecho de audiencia y las garantías para el cumplimiento del principio <i>non bis in idem</i>	296
6.6.2.	Garantías del derecho a estar presente en el propio juicio: las condenas en rebeldía	297
7.	LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL	299

7.1. La Directiva reguladora de la Orden Europea de Investigación. Objeto 299	
7.2. Posibilidad de solicitar la emisión de una Orden europea de investigación como manifestación del derecho de defensa	301
7.3. Motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de una Orden europea de investigación.....	301
7.4. Recursos.....	303
8. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO PARA LA CREACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA	303
CONCLUSIONES	307
BIBLIOGRAFÍA	329
RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS	339
LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS DE INTERÉS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS.....	345
OTRAS NORMAS INTERNACIONALES Y LEGISLACION ESPAÑOLA	351

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
Apto.	Apartado
ATC	Auto del Tribunal Constitucional español
BOE	Boletín Oficial del Estado (España).
c.	Contra
CCEE	Comunidades Europeas
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (español)
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1950
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (español)
CIG	Conferencia Intergubernamental
DO/DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948, Naciones Unidas.
DM	Decisión marco
ELSJ	Espacio de libertad, seguridad y justicia
EEMM	Estados miembros (de la Unión Europea)
Ed.	Edición
Ibídem	En el mismo lugar
IUEE	Instituto Universitario de Estudios Europeos
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal española

Núm.	Número
ob. cit.	Obra citada
ODE	Orden de Detención Europea
OEI	Orden Europea de Investigación en materia penal
p.	Página
PDCP	Pacto Sobre los Derechos civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966
pp.	Páginas
RADPP	Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal
RAUE	Revista Aranzadi Unión Europea
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
REAF	Revista d'Estudis Autonòmics i Federals
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo
REDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
Ref.	Referencia
RGDC	Revista General de Derecho Constitucional
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPJ	Revista del Poder Judicial
s.	Siguiente
ss.	Siguientes
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STS/2 ^a	Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vid.	<i>Vide</i> , véase

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la regulación de los derechos y garantías procesales penales que la Unión Europea (UE, en lo sucesivo) está llevando a cabo, fundamentalmente, a partir del Plan de trabajo de 2009 de la presidencia sueca, asumido por el Consejo e incorporado al Plan de Estocolmo de 2009 que establecía el calendario plurianual (2010-2014) de las medidas para avanzar en la consecución de un verdadero Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la UE (ELSJ, en lo sucesivo). El Plan de trabajo recogía una serie de medidas –derechos y garantías procesales- sobre los que se debía incidir con carácter prioritario.

Para alcanzar la finalidad última de estas medidas –la consecución de un verdadero y único ELSJ en toda la Unión-, es necesario trabajar y avanzar en determinadas políticas, entre ellas y en lo que al espacio común de Justicia se refiere, se encuentra la cooperación judicial penal cuya base fundamental es el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones en materia penal. Para lograr la adecuada confianza mutua entre autoridades judiciales, necesaria para la plena efectividad de del principio de reconocimiento mutuo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en lo sucesivo) prevé, en relación con el proceso penal, que la Unión pueda dictar normas mínimas, entre otras, en materia de derechos y garantías de las personas sospechosas o acusadas. La UE, en ejercicio de la competencia atribuida por los Tratados, está llevando a cabo el desarrollo del Plan de trabajo de 2009.

En el capítulo I se delimita el objeto de estudio y se fijan determinados conceptos esenciales. Se analiza cuál el objeto del proceso penal y los principios esenciales sobre lo que éste debe asentarse para que verdaderamente cumpla su función en el marco del Estado de Derecho. Se llega a la idea del justo o debido proceso y de cómo en la UE, pese a existir distintos sistemas procesales penales, todos comparten los elementos esenciales del debido proceso, tanto por una determinante evolución histórica y la influencia recíproca de unos sistemas en otros, como por la vinculación de todos los

Estados miembros (EEMM, a partir de ahora) a unas mismas normas internacionales en materia de derechos fundamentales, singularmente por la pertenencia de todos al Consejo de Europa y la uniformidad en materia de derechos y garantías procesales dispensada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en lo sucesivo), y la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en lo sucesivo). Sin embargo, este paraguas común se revela insuficiente y deja aún margen de actuación a la UE para –a su juicio- avanzar en el desarrollo de ciertos derechos y garantías procesales, insuficientemente protegidos o protegidos de forma muy diversa entre los distintos Estados, lo que no ayuda a la necesaria confianza mutua. Pero la actuación que lleva a cabo la UE en este campo no es generalizada, se está llevando a cabo de forma gradual y sólo actuando sobre determinados derechos y garantías, los recogidos en el Plan de trabajo de 2009, sin perjuicio de su ampliación a otros, si se revelase necesario y existiese el consenso necesario para ello. La regulación, que debe partir del contenido mínimo que supone el CEDH, debe tener también presente las normas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, a partir de ahora) que, elevada al máximo rango normativo en la UE, recoge también derechos y garantías procesales.

Acotada la materia objeto de estudio y concretados qué son los derechos y garantías procesales y cuáles de ellos serán objeto de desarrollo por la UE, en el capítulo II se analizan los anteriores intentos llevados a cabo por la UE para su regulación que, pese a resultar fallidos, sin duda, sentaron la bases y se convirtieron en elementos de trabajo esenciales para la etapa actual en la que se están alcanzando logros, con una regulación uniforme en toda la Unión, de momento, de algunos derechos. Así, se analiza el *Corpus Iuris* en sus sucesivas versiones y el Libro Verde del año 2001 para la protección de los intereses financieros y la creación de un Fiscal europeo (ambos con un ámbito de aplicación material reducido, sólo para determinados delitos), incidiendo en los concretos derechos y garantías que se regulaban. Pero sin duda, el precedente más importante lo constituye la propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales penales de 2004 y el Libro Verde de 2003 que la precedió. La propuesta estaba llamada a servir de contrapunto a las medidas represivas que en la Unión estaban aprobándose –singularmente la Decisión marco sobre la orden de detención europea- en un contexto de auge del Derecho penal del miedo, tras los

atentados terroristas sufridos a principios de la década pasada. Esta norma a penas se ocupaba de los derechos y garantías de los detenidos, justificándose ello, precisamente, en su inminente regulación por esta propuesta. Sin embargo, tras más de tres años de negociaciones y de una serie de propuestas y contrapropuestas, los Estados no consiguieron el acuerdo necesario y la propuesta de Decisión marco fue finalmente descartada. Pese a ello, estos trabajos no cayeron en saco roto. La regulación contenida en las distintas propuestas y los distintos documentos de trabajo en los que se sustentaban han servido de base para la posterior regulación de algunos de los derechos y garantías ya aprobados.

Presupuesto esencial para que la UE pueda regular los derechos y garantías procesales es que tenga atribuida tal competencia, algo que no siempre estuvo claro y fue precisamente una de las causas para el fracaso del proyecto de Decisión marco de 2004. La situación actual, sin embargo, es distinta. El nuevo marco surgido tras el Tratado de Lisboa ha despejado cualquier género de duda, atribuyendo de forma expresa esta competencia a favor de la Unión que, al igual que el resto de políticas relativas al ELSJ, es de naturaleza compartida. Precisamente, en el capítulo IV se analiza el marco normativo e institucional en el que, además de reconocerse expresamente la competencia, se fijan los parámetros conforme a los cuales debe ser ejercida. Efectivamente, además del principio de atribución de competencias, que ya sin duda se cumple, su ejercicio viene determinado por el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Se analiza el cumplimiento de estos requisitos y los controles para ello, singularmente, la nueva función de control político *a priori* que llevan a cabo los Parlamentos nacionales y el control de naturaleza jurisdiccional que, *a posteriori* puede ejercer el TJUE.

Dada la naturaleza compartida de la competencia, en virtud del principio de subsidiariedad, la Unión solo podrá actuar con desplazamiento de la competencia de los Estados solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida –la consecución en última instancia se un verdadero ELSJ- no puedan ser alcanzados de manera suficiente por la actuación aislada de los Estados, pudiendo, por el contrario, alcanzarse mejor mediante una actuación conjunta a nivel de toda la UE.

Por ello se analiza la justificación de la Comisión –con carácter general promotora de las distintas medidas legislativas llevadas a cabo- sobre la necesidad de esta actuación a nivel de toda la Unión.

Admitida la necesidad de actuación a nivel de toda la Unión en determinados ámbitos del Derecho penal –sustantivo y procesal- para alcanzar la aplicación efectiva de las políticas relativas al ELSJ con carácter más general y en particular, para la eficacia en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, se analiza cómo la competencia de la UE es ejercida *ad intra*, examinando la actuación y competencias de cada una de las principales instituciones. Así, el papel esencial de la Comisión y sus funciones, tanto en la iniciativa legislativa, como en el control a los Estados de las obligaciones asumidas, y el papel del Consejo Europeo que, además, de fijar con carácter general las orientaciones y prioridades de la Unión, en las materias propias del ELSJ define las orientaciones estratégicas de la programación legislativa. La función legislativa es ejercida conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo a través del procedimiento legislativo ordinario, si bien con especialidades, cuyo análisis pone de manifiesto que, pese a la comunitarización de las materias propias del antiguo tercer pilar –entre ellas la cooperación penal- los Estados siguen reteniendo para sí, en detrimento de la Unión, el control sobre estas materias tan sensibles y vinculadas a la idea misma de soberanía. Estas especialidades se concretan en el mantenimiento de la iniciativa legislativa por los Estados –junto a la Comisión-, en el sistema de mayorías necesarias –formalmente mayoría cualificada, pero en realidad y gracias a la posibilidad de bloqueo, la unanimidad- y en el denominado sistema de freno-acelerador que permite a un Estado paralizar, en el seno del Consejo, el procedimiento legislativo y reabrir un nuevo debate durante cuatro meses, con posibilidad de rechazo si no se alcanza un acuerdo unánime, si bien queda abierta la puerta al mecanismo de la cooperación reforzada que permitirá que la medida legislativa salga adelante, vinculando sólo a los Estados participantes, con lo que la posibilidad de un modelo unitario en materia de derechos y garantías procesales cede, siendo posible la coexistencia de múltiples subsistemas, de ámbito inferior, tanto por las materias reguladas –sólo concretos derechos- como por los Estados a los que resulta de aplicación. Finalmente se examina también, en lo que resulta otra manifestación más de la retención de poder por parte de los Estados, el instrumento normativo empleado, que

es la Directiva, en detrimento del Reglamento y las consecuencias que de ello se derivan.

A continuación es objeto de análisis el papel que en este campo está llamado a desempeñar el TJUE. Transcurridos los cinco años establecidos tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de *vacatio*, para el efectivo control sobre las materias propias de la cooperación judicial penal, a partir de ahora podrá generarse una interesante jurisprudencia sobre derechos y garantías procesales, que coexistirá con la emanada del TEDH, existiendo el riesgo de contradicciones o de interferencias entre ambas. Urge, pues, cerrar las negociaciones para la adhesión de la UE al CEDH –mandato establecido por los Tratados- y clarificar las relaciones entre ambos Tribunales, con el establecimiento de mecanismos que eviten la posibilidad de pronunciamientos contradictorios.

En el capítulo IV se analiza el estado actual y grado de desarrollo del Plan de trabajo de 2009, con examen detallado de cada una de las tres Directivas ya aprobadas en desarrollo del mismo, a través de la cuales se regulan los derechos a la traducción e interpretación, los derechos de información en el proceso penal y los derechos a la asistencia letrada y a informar de la detención y comunicar el detenido con terceras personas y con las autoridades consulares. El punto de partida en el análisis de cada uno de estos derechos es su regulación en el CEDH y el alcance de los mismos, según la jurisprudencia del TEDH. A partir de ahí, se estudia la regulación concreta que llevan a cabo las Directivas. En unos casos, la nueva regulación se limita a recoger en la norma lo que ya venía así fijado en la jurisprudencia, lo que en sí ya es positivo desde el punto de vista de la seguridad jurídica y por la cristalización del derecho ante futuros cambios en la jurisprudencia, que supongan recortes o excepciones en la aplicación de un derecho donde antes no existían. En otros casos, la regulación supone una expansión en el derecho o garantía de que se trate yendo más allá del mínimo garantizado por la jurisprudencia del TEDH. En cualquier caso, el principio de no regresión que recogen las Directivas –al igual que el CEDH y la CDFUE- impide recortes en el disfrute de estos derechos, conforme se viniera disfrutando en virtud de otras normas nacionales o internacionales.

En particular, los derechos a la traducción e interpretación, que fueron los primeros en ser regulados por la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010, son objeto de una regulación detallada, diferenciando ambos derechos y el alcance concreto de los mismos, fijando desde qué momento se tiene acceso a ellos (desde la fase preprocesal de investigación policial, y no solo durante el proceso). Se establece también el carácter irrenunciable del derecho a la traducción y la posibilidad de renuncia del derecho a la interpretación, bajo ciertas condiciones que también se precisan. La Directiva fija también qué documentos del procedimiento necesariamente deberán ser traducidos y entregados al sospechoso o acusado, salvo renuncia previa. La preocupación por la calidad de la traducción y la interpretación es también una constante en toda la norma, fijando medidas tanto para su consecución como de control.

La segunda Directiva aprobada -2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012-, relativa a los derechos de información en los procesos penales, regula un conjunto de derechos vinculados pero distintos, todos también con fundamento en los principios de igualdad y contradicción, esenciales para dar efectividad al más general y fundamental derecho a un juicio justo. Se regulan, en concreto, el derecho a la información de los derechos que posee todo sospechoso o acusado en el proceso penal; el mismo derecho cuando la persona se encuentra detenida o, de otro modo, privada de libertad; el derecho a recibir información de la acusación que, su vez, se divide en el derecho de todo sospechoso a recibir información sobre la infracción cometida o por la que está siendo investigado, el derecho de la persona detenida a la información sobre los motivos concretos por los que ha sido detenida y el derecho a conocer formalmente y antes del juicio los motivos de la acusación, incluida la naturaleza y tipificación de la infracción cometida y el grado de participación en la misma que se le imputa. Además, en cualquiera de los supuestos anteriores, si existe una variación en los hechos y en la calificación jurídica inicial, deberá informarse de ello, de forma inmediata, al sospechoso o acusado. El conjunto de derechos a la información se cierra con el derecho de acceso a los materiales del expediente que se extiende incluso a los supuestos en los que esté declarado el secreto de las actuaciones, si bien en este caso el derecho de acceso se limita a los materiales esenciales para impugnar la privación de libertad del sospechoso.

La tercera Directiva aprobada -2013/48/UE, de 22 de octubre de 2010- se ocupa de los derechos a la asistencia letrada y a informar sobre la detención a terceras personas y a las autoridades consulares y a comunicarse con ellas. En cuanto al derecho a la asistencia letrada, partiendo de la jurisprudencia del TEDH, la Directiva concreta el momento a partir del cual el sospechoso, acusado o detenido debe contar con asistencia letrada y precisa que el contenido del mismo comprende: las entrevistas y comunicaciones privadas y confidenciales entre el sospechoso y su abogado; la intervención efectiva del abogado en los interrogatorios que se lleven a cabo; la presencia efectiva del abogado en todas las diligencias en que intervenga el sospecho y la facilitación por parte de las autoridades de la libre elección de abogado por el acusado. Se establece también de forma precisa los supuestos en los que es posible la limitación o derogación de alguna de las manifestaciones del derecho a la asistencia letrada: solo cuando pueda verse afectada la vida, la integridad o la libertad de una persona, o cuando sea necesaria una actuación urgente de las autoridades investigadoras para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. En todo caso, son limitaciones de carácter temporal. Finalmente se regula de forma expresa el derecho a la asistencia letrada que el detenido en virtud de una orden de detención europea debe recibir tanto en el Estado de emisión como en el de ejecución.

La Directiva regula también el derecho a comunicar el hecho de la detención a un tercero y a comunicarse con el mismo. El ejercicio de este derecho puede demorarse, de forma excepcional, en los mismos supuestos apuntados para la asistencia letrada. En cuanto al derecho a comunicar y recibir visitas de las autoridades consulares del Estado del que sea nacional el detenido, la Directiva lo regula en los mismos términos que lo hace el Convenio sobre Relaciones Consulares de 1963, aclarando su carácter renunciabile.

Las tres Directivas contienen una serie de disposiciones que son comunes a las mismas, relativas a la forma de registro y constancia en el disfrute de estos derechos; a la necesidad de formar a los operadores jurídicos en el contenido de las mismas y fundamentalmente la cláusula de no regresión, en virtud de la cual ningún Estado que ofrezca unos ámbitos de aplicación en estos derechos mayores que los previstos en las

Directivas podrá reducirlos amparándose en las mismas. Se trata del establecimiento de unas normas mínimas, los Estados pueden mantener o instaurar unos niveles de protección más altos.

Finalmente, en el capítulo V se analiza el nuevo paquete de medidas presentado por la Comisión a finales del año 2013 consistente en dos Recomendaciones y tres propuestas de Directiva que regularán, si finalmente son aprobadas, ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio, la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos o acusados privados de libertad, y las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados. Ante la falta de consenso necesario, para recogerlo en una Directiva, las Recomendaciones fijan pautas a los Estados –sin carácter normativo vinculante- sobre cómo actuar en relación con la prestación del derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando el sospecho no está privado de libertad y las garantías adicionales en el proceso de las personas vulnerables, al margen de los menores.

Se analiza el contenido de cada una de las propuestas de Directiva y la regulación que llevan a cabo de los derechos y garantías procesales partiendo, como en los supuestos anteriores del CEDH y la jurisprudencia del TEDH. En relación con la presunción de inocencia son objeto de regulación, en concreto, el derecho a no ser presentado públicamente como culpable por las autoridades del Estado antes de que exista una sentencia firme de condena; la atribución de la carga de la prueba a la acusación y los derechos a no declararse culpable, a no cooperar con la investigación y a guardar silencio. El derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan, que constituye otra manifestación del derecho a la presunción de inocencia ya fue objeto de regulación en una Directiva anterior, como hemos apuntado.

La misma propuesta de Directiva se ocupa un tema polémico y generador de desencuentros entre los EEMM, como es la posibilidad de celebración del juicio y la condena en ausencia del acusado. El texto de la propuesta remite a que sean los Estados los que decidan sobre la posibilidad o no de celebración en su territorio de juicios en ausencia, pero fija, caso de que se admita, las condiciones en que pueden ser celebrados.

La regulación proyectada coincide con la que ya recoge la Directiva reguladora de la Orden de Detención europea (ODE en lo sucesivo) tras la reforma de 2009, a fin de impedir que los Estados puedan denegar la ejecución de una Orden dictada sobre la base de una sentencia pronunciada en ausencia del acusado, si el juicio se celebró en las condiciones previstas en la norma (básicamente, el conocimiento por el acusado de la celebración del juicio y la efectiva asistencia letrada).

Finaliza el capítulo con el análisis de otras normas europeas que contienen, al margen de las Directivas ya aprobadas o en proyecto, disposiciones relativas a derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados. Fundamentalmente, es objeto de estudio las medidas contenidas en la Directiva reguladora de la ODE, así como en la Orden de investigación europea en materia penal (OIE, a partir de ahora), si bien esta última aún no está en vigor, recoge las previsiones ya contenidas en las normas a las que viene a sustituir-. Se examina también el proyecto de Reglamento de creación de un Fiscal europeo y las previsiones sobre derechos y garantías procesales allí recogidas.

Tras el análisis detallado de cada una de las normas, ya aprobadas o en fase de negociación, reguladoras de los derechos y garantías procesales penales, en desarrollo del Plan de trabajo de 2009 y de otras normas que contienen previsiones al respecto, el trabajo continúa con las conclusiones a las que se ha llegado, en especial sobre el éxito o fracaso del Plan en la consecución de los objetivos perseguidos y sobre los problemas a los que se ha enfrentado su pleno desarrollo. Fundamentalmente, hay que destacar las reticencias de los propios Estados a recibir desde la Unión normas que regulan aspectos tan vinculados con la idea de soberanía.

Son objeto de especial atención los principales logros alcanzados con las regulaciones ya llevadas a cabo, así como las carencias y fracasos, entre éstos no alcanzar el consenso necesario para la regulación del derecho a la justicia gratuita con carácter general –solo hay acuerdo para los supuestos en que medie detención-, tampoco respecto a las garantías adicionales para personas sospechosas o acusadas “vulnerables”, al margen de los menores, entre otras. Igualmente se ponen de manifiesto las trabas que para una regulación plena de los derechos y garantías procesales, suponen las

especialidades en el procedimiento legislativo previsto, así como el empleo de la Directiva en lugar del Reglamento. En definitiva, falta una decidida voluntad política por parte de los Estados de querer establecer un sistema homogéneo y completo de derechos y garantías procesales, sin el cual difícilmente el principio de confianza mutua –piedra angular de la cooperación judicial- será plenamente efecto. A modo de propuesta se señalan los obstáculos que habría que remover para avanzar hacia un espacio único en este campo.

Finaliza el trabajo con la relación bibliográfica de las obras y artículos manejados, de las sentencias de distintos tribunales citados –entre las que destacan las del TEDH- y las normas y otros documentos de interés, fundamentalmente de las instituciones europeas, también consultadas y analizadas.

La metodología empleada ha sido, básicamente, descriptiva con el examen y estudio de las obras generales sobre Derecho de la UE, y particulares relativas a las políticas de la Unión, así como al Derecho penal europeo y, en general sobre Derechos y garantías fundamentales y sobre el proceso penal, así como de los artículos doctrinales publicados en las revistas especializadas sobre materias propias de la investigación, en un campo en constante evolución en la que el riesgo de “obsolescencia” en algunas materias y en algunos trabajos en una constante, fruto de la constante evolución del proceso de integración europeo. Todas estas obras y artículos se recogen en la bibliografía final acompañada. Han sido también fuentes de documentación de gran importancia diversos documentos de las instituciones europeas (Declaraciones, Programas, Planes de trabajo, comunicados de prensa y otros materiales de trabajo manejados en los procedimientos legislativos como Memorias, evaluaciones de impacto, dictámenes, etc.), de gran utilidad no solo desde un punto de vista técnico – conocer la legislación sobre una materia en los EEMM y la jurisprudencia existente- sino también para conocer la voluntad de las instituciones y de los EEMM ante determinadas propuestas normativas y las cesiones de unos y otros en los procesos negociadores para la elaboración y, en su caso, aprobación de las Directivas (o de las propuestas en trámite) sobre derechos y garantías procesales. Otro elemento esencial para la elaboración del trabajo ha sido la jurisprudencia de distintos Tribunales,

básicamente del TEDH, de la que ha de partir toda regulación e interpretación que se lleve a cabo de estos derechos.

El presente trabajo no puede considerarse acabado –cerrado- no sólo porque se encuentren en fase de negociación las tres Directivas pendientes en desarrollo del Plan de trabajo de 2009, sino también porque se trata de una materia en constante evolución (tanto por la propia dinámica cambiante de la jurisprudencia del TEDH, como por la reciente irrupción en escena del TJUE llamando, llegado el caso, a pronunciarse sobre la regulación llevada a cabo por la UE en estas materias y su cumplimiento por los EEMM, como por la posibilidad de regulación *ad futurum* de nuevos derechos y garantías no contemplados inicialmente en el Plan de 2009). Pero ello no impide que, transcurrido el período de vigencia para la ejecución del Plan (final del año 2014) y cuando ha cambiado la composición de la Comisión –ahora con un nuevo colegio de Comisarios y su Presidente al frente, más volcados en otros campos relacionados con la economía- se analice a modo de instantánea en qué momento nos encontramos en la aproximación de las legislaciones relativas a los derechos y garantías procesales penales de los sospechosos y acusados en la UE y si el grado de desarrollo y aproximación ha sido suficiente para alcanzar los objetivos perseguidos, qué queda por hacer, qué problemas existen y cómo podrían ser superados.

CAPÍTULO I

EL PROCESO PENAL Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES

1. EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* POR LOS ESTADOS

1.1. El proceso penal. Concepto y naturaleza. La función instrumental del proceso como medio para el ejercicio del *ius puniendi* por los Estados

Los Estados, a través de las normas penales, delimitan aquellas conductas injustas –las más graves, las que merecen mayor reproche por la sociedad- que dificultan o impiden la convivencia social y las consecuencias de tal actuación. A estas conductas, denominadas genéricamente *delitos*, se asocia una consecuencia consistente en una pena o una medida de seguridad, siendo el Derecho penal el sector del ordenamiento jurídico en el que se encuadra el estudio del delito y sus consecuencias jurídicas.

Tanto por los intereses tutelados por el Derecho penal, como la vida, la integridad, la seguridad, etc., que inciden directamente en la propia convivencia y paz social, como por las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de las conductas prohibidas –penas privativas de libertad de mayor o menor duración y otras que inciden también sobre los derechos fundamentales de la persona-, corresponde en exclusiva al Estado la definición de cuáles sean las conductas merecedoras de reproche y la imposición de sanciones ante su infracción.

Efectivamente, la aplicación del Derecho penal corresponde en exclusiva al Estado. Esta exclusividad estatal se manifiesta en un triple plano. En primer lugar, que el ejercicio del *ius puniendi* en exclusiva por el Estado -derecho a imponer penas por la comisión de hechos tipificados como delitos- implica, a la vez, la exclusión en su aplicación por parte de los ciudadanos. En segundo lugar, que dentro del Estado, el ejercicio del *ius puniendi* corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales y en

tercer lugar, que los órganos jurisdiccionales aplicarán el *ius puniendi* exclusivamente a través del proceso, no siendo posible la imposición de penas de otro modo¹.

Consecuencia de la importancia que tienen los intereses tutelados por el Derecho penal y sus consecuencias jurídicas –delitos y medidas de seguridad-, y del monopolio estatal en la aplicación del Derecho penal es la incidencia que en el sistema de fuentes tiene el principio de legalidad. Efectivamente, si el principio de legalidad tiene su fundamento en razones de certeza y seguridad jurídica, si acaso, con mayor intensidad, tales razones se reclaman en este sector del ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad penal en el que se inserta la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal, se articula hoy en torno a las clásicas garantías criminal y penal sintetizadas en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* –principio de legalidad material- al que hay que añadir otra manifestación: *nullum crimen, nulla poena sine lege et sine previum processum penale* –principio de legalidad procesal-. Más modernamente hay que añadir también las garantías de ejecución o principio de legalidad en la ejecución en relación con el modo de hacer efectivas las penas y medidas de seguridad impuestas.

De este modo, el fundamento del principio de legalidad penal en todo Estado de Derecho viene constituido: 1) por la *garantía criminal* según la cual no será castigada ninguna acción u omisión que al tiempo de su comisión no esté tipificada como delito; 2) por la *garantía penal* en virtud de la cual no será castigado ningún delito con pena que no esté prevista por ley con anterioridad a su perpetración; 3) por la *garantía procesal o jurisdiccional*, conforme a la cual no podrá imponerse pena alguna por la comisión de un hecho tipificado como delito sino en virtud de sentencia firme dictada en un proceso penal seguido conforme a las disposiciones de la ley ante el órgano jurisdiccional competente y 4) por la *garantía de ejecución* conforme a la cual las penas únicamente pueden ser ejecutadas en el modo dispuesto en la ley.

¹ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, Tirant Lo Blanch, 18ª ed. Valencia, 2010, p. 366.

Vemos, pues, cómo la garantía procesal o jurisdiccional queda incorporada, junto a las demás, al principio de legalidad penal. El marco natural en el que opera o ha de operar este principio de garantía jurisdiccional es el proceso penal. Tal garantía resulta esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional para la aplicación de la Ley penal. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil en el que, por ventilarse conflictos entre particulares, la función jurisdiccional es contingente, existiendo otras alternativas para su resolución –autocomposición o heterocomposición a través del arbitraje, la mediación o la conciliación–, no ocurre así en el ejercicio del *ius puniendi* que pertenece de forma exclusiva e irrenunciable al Estado, por lo que necesariamente requiere de la jurisdicción y el proceso, como instrumento puesto por la ley a su servicio para su ejercicio, convirtiéndose así en elementos esenciales para la aplicación del Derecho penal sustantivo².

Sobre la naturaleza jurídica del proceso la doctrina moderna parece haber superado antiguas discusiones doctrinales concluyendo que el proceso no forma parte de otra categoría jurídica más general, constituyendo por sí solo una categoría autónoma, siendo lo realmente importante determinar su razón de ser³. En este sentido, el proceso se configura como el instrumento necesario a través del cual los órganos jurisdiccionales cumplen su función, siendo el único instrumento para ello –fuera del proceso no se ejerce la jurisdicción– y configurándose también como el único instrumento puesto a disposición de las partes para la realización del Derecho objetivo en el caso concreto.

De este modo, el orden penal se encuentra caracterizado por un marcado interés público, siendo el proceso penal el cauce para que el Estado ejerza el *ius puniendi*, en el que la acción penal nace de la comisión de un delito y tiene por objeto el castigo del culpable⁴.

² CORDON MORENO, F., *Las garantías constitucionales del Proceso Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 18-19.

³ MONTERO AROCA, *et al.*, *Derecho Jurisdiccional. Parte general...*, *ob. cit.*, pp. 302-303.

⁴ En la acción civil, el particular, titular de la relación jurídica afectada, dispone del derecho de acción para poner en marcha la actividad jurisdiccional para obtener, en su caso, la concreta tutela jurídica que reclame.

1.2. El proceso penal como sistema de garantías para evitar el castigo del inocente

El proceso penal se configura como instrumento a través del cual los órganos del Estado con potestad jurisdiccional ejercen el *ius puniendi*. Junto a esta vertiente instrumental del proceso, modernamente se destacan también otras dos funciones que ha de cumplir: primera, la de evitar que se castigue a inocentes para lo cual el proceso penal ha de construirse de modo que se respeten todos los derechos y garantías procesales básicas y segunda, la de ser el vehículo que facilite el resarcimiento de la víctima así como la reinserción social del delincuente⁵.

Es desde la óptica del proceso como instrumento para evitar que se castigue a inocentes desde donde enfocaremos fundamentalmente su análisis. Así, una de las manifestaciones del Estado de Derecho es que el proceso penal ya no se configura como simple instrumento de aplicación del Derecho penal, debiendo entenderse también como una garantía, la garantía del derecho a la libertad del ciudadano⁶.

Conviene recordar que el proceso penal moderno, de marcado carácter liberal surgido tras la Revolución francesa estuvo orientado –en general, todo el Derecho procesal penal- no a la prevención del delito, como lo estuvo el Derecho penal sustantivo, sino a garantizar su justa realización. Esta idea resulta confirmada con el movimiento de reforma de esta rama del Derecho que tiene lugar en Europa a mediados del siglo XIX, movimiento de marcado carácter supranacional y europeo del que surgiría una concepción de la pena legitimada por su utilidad social. El nuevo orden penal estaba orientado hacia la prevención del delito, singularmente a la prevención especial, quedando fuera de este nuevo orden el proceso penal, manteniendo, pues, su función garantista en la aplicación del Derecho penal⁷.

⁵ BANACLOCHE PALAO, J., y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*, La Ley Madrid, 2010, p. 23.

⁶ BURGOS LADRON DE GUEVARA, J., “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, *Diario La Ley* núm. 7548, enero 2011, ed. digital, LA LEY 14835/2010, sin número de página.

⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, en AAVV, *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continua, ed. digital, CGPJ, Madrid, 2004, sin número de página.

Precisamente, en Europa, el estatuto de los distintos actores que intervienen en el proceso que parece estar más próximo entre los distintos ordenamientos jurídicos es el del acusado, entendido éste en un sentido amplio, como la persona sospechosa de haber cometido la infracción, en cualquier fase del proceso, pues todos los ordenamientos otorgan un gran número de derechos y garantías que el CEDH agrupa en torno a la idea de *proceso justo* o *debido proceso* que engloba el principio de presunción de inocencia, el derecho al conocimiento de las actuaciones, el derecho a presentar pruebas, acceso a los recursos, asistencia de intérprete y de abogado en todo momento⁸, hablándose incluso de un *iusnaturalismo procesal en Europa como valor común de la cultura europea*⁹.

1.3. Principios inspiradores del proceso penal

Las distintas regulaciones que las leyes llevan a cabo de los procesos -incluido el penal- son creaciones artificiales del Derecho en el sentido de que no se trata de instituciones materiales que existen en la realidad social y que el Estado, en un momento determinado, decide su regulación. Por ello se dice que el proceso es una creación técnica de la Ley los procesos son instrumentos técnicos al servicio de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, el Estado no tiene libertad absoluta para configurar como quiera, en este caso, el proceso penal. Existen una serie de principios que han ido formándose a lo largo de la historia, siendo ya consustanciales a la idea misma de proceso de tal modo que su ausencia en la regulación que el Estado lleve a cabo del mismo, determina que no estemos ante un verdadero proceso. Son principios que responden a elementales razones de justicia. El legislador podrá determinar cómo se cumple el principio, pero no desconocerlo¹⁰. A estos principios se les denomina principios jurídico-naturales del proceso o principios comunes, frente a aquellos otros principios que el legislador puede establecer basándose en criterios políticos de oportunidad y conveniencia, por lo que variarán según los países o las épocas en que se

⁸ DELMAS-MARTY M., “El proceso penal en Europa: perspectivas”, (traducción de MORENILLA ALLARD, M.), *RPJ* núm. 37, 1995, ed. digital, pp. 79-91.

⁹ AMODIO, E., *Processo penale diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 149 y ss.

¹⁰ MONTERO AROCA, J. *et al.*, *Derecho Jurisdiccional. Parte General...*, ob.cit., pp. 293, 294 y 331.

desenvuelvan. Hablamos en este caso de principios jurídico-técnicos o principios comunes del proceso.

Los principios jurídico-naturales del proceso, o principios comunes o esenciales a todo proceso, son: 1) el principio de dualidad de posiciones, lo que supone en el proceso la presencia no solo de dos partes, sino que éstas aparezcan en posiciones contrapuestas, acusador-acusado en el proceso penal y 2) el principio de contradicción o audiencia que presenta dos manifestaciones: la primera es la necesidad de ser oído, pues para la sociedad, en el proceso penal, el derecho del acusado a ser oído es inviolable y para el acusado se trata de un derecho irrenunciable y la segunda, que es necesario el conocimiento por las partes de todos los materiales de hecho y de derecho que pueden influir en la resolución judicial¹¹. Los principios técnicos, en el caso de España, y en el momento actual, son los de oficialidad de la acción, investigación de oficio y el de libre valoración de la prueba¹².

2. EL ESTADO DE DERECHO Y EL PROCESO PENAL. EL DEBIDO PROCESO COMO MODELO PROCESAL

2.1. El surgimiento de la idea del justo proceso o del debido proceso

Decíamos que el legislador no es enteramente libre para diseñar el proceso penal –los procesos en general– estando condicionado por una serie de principios o condiciones sin los cuales no cabe hablar de un verdadero proceso. Pues bien, este conjunto de principios o condicionantes históricos sumados a otros trascendentales hechos en la configuración del proceso que en ciertos aspectos escapan a la voluntad del legislador de turno, como la existencia de instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes o la constitucionalización fundamentalmente tras la Segunda Guerra Mundial de aspectos configuradores del proceso, nos conducen ya a la idea del *justo proceso* o del *debido proceso* o del *due process of law* de los sistemas procesales anglosajones.

¹¹ *Ibidem*, p. 293 y pp. 332-336.

¹² CORDON MORENO, F., *Las garantías constitucionales...*, ob. cit., pp. 33-37.

Así la idea de *justo proceso* (que se identifica con el derecho de toda persona a un proceso justo, garantizado por la ley) se presenta –apunta BAZIGALUPO– como un conjunto de “principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica [...] Es, como la noción misma del Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente”¹³.

La idea del *justo proceso* se vincula a las ideas liberales surgidas tras la Revolución francesa, en gran medida como reacción al proceso inquisitivo propio antiguo régimen. No obstante desde la perspectiva del mundo anglosajón, la idea de *proceso justo* o *proceso debido* parece situarse en la Carta Magna expedida en 1215 por el Rey Juan de Inglaterra, cuyo párrafo 39 señalaba que “ningún hombre libre será detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares según la ley de la tierra”, apareciendo por primera vez la expresión *due process of law* en La Carta Magna expedida por el rey Eduardo III en 1354. Posteriormente esta expresión fue recogida en las primeras constituciones norteamericanas de Maryland, Pennsylvania y Massachussets y finalmente, en la Constitución de los EEUU (enmiendas V de 1791 y XIV de 1868)¹⁴.

2.2. Caracteres del justo proceso

2.2.1. El carácter suprapositivo

El carácter suprapositivo del justo proceso se deriva de la existencia de unos principios que a lo largo de la historia han configurado el proceso básicamente tras la Revolución francesa y las ideas liberales surgidas de la misma, haciéndose

¹³ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal...”, *ob. cit.*, ed. digital, sin número de página.

¹⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El derecho fundamental a un proceso justo”, *Proceso y Justicia*, Pontificia Universidad Católica del Perú, ed. digital del Instituto Solidaridad y Derechos Humanos, Lima, 2000.

consustanciales a la idea misma de Estado de Derecho y que no pueden ser desconocidos por el legislador sino quiere negarse la idea misma de Estado de Derecho. Estos principios –como remarca ARMENTA- “son los que no han sido objeto de debate, y tampoco pueden serlo en un Estado de Derecho”¹⁵. Se trataría de un proceso configurado dentro del sistema acusatorio bajo los principios de igualdad de partes, de audiencia o contradicción con pleno respeto al derecho de defensa.

2.2.2. El carácter supranacional

En cuanto al carácter supranacional ínsito en la noción del justo proceso, viene dado, por la concurrencia de distintas circunstancias, como la existencia en Europa de una tradición jurídica común a los distintos países fruto de una determinante evolución histórica y más recientemente, del hecho de que la mayoría de estos países hayan suscrito unos mismos tratados internacionales en materia de derechos humanos que, recogiendo también derechos fundamentales relativos al proceso justo y las garantías al mismo, crean para todos ellos unas mismas obligaciones internacionales en esta materia. De este modo, las regulaciones sobre estos derechos –incluidos los de naturaleza procesal penal- que lleven a cabo los Estados, estarán vinculadas o sometidas a las normas internacionales que les vinculan. Veamos con más detalle estas dos circunstancias.

En primer lugar, ha sido determinante la pertenencia a una tradición jurídica común, la europea, que pese a la diversidad de ordenamientos jurídicos, comparte unos mismos principios, tanto por una pareja evolución histórica que arranca con la Revolución francesa y la asunción con mayor o menor retraso por el resto de Estados de las ideas liberales de allí surgidas, como por el movimiento codificador y la influencia de unos ordenamientos en otros (fundamentalmente los ordenamientos franceses, alemán e italiano), así como por la constitucionalización tras la Segunda Guerra Mundial por los distintos países europeos de garantías procesales penales. Y aun cuando no hay que olvidar el sistema anglosajón, si bien más alejado del modelo del proceso penal liberal

¹⁵ ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *RPJ*, núm. 58, 2000, p. 264.

continental, su aproximación a un proceso penal europeo con unos principios comunes vendrá desde el *due process of law*.

En segundo lugar, el carácter supranacional de justo proceso viene dado también, por haber suscrito la mayoría de estos países importantes instrumentos internacionales que contienen mandatos de naturaleza procesal penal que resultan obligatorios para los mismos, fundamentalmente hablamos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y fundamentalmente, desde el ámbito regional europeo, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En estos instrumentos se han positivizado, mediante el reconocimiento de una serie de derechos y garantías procesales, aquellos principios que catalogábamos como principios jurídico-naturales del proceso o principios comunes sin los cuales el proceso no es tal en un Estado de Derecho. Principios que igualmente, en el ámbito de la UE, también están presentes, pues aun cuando tampoco existe –por el momento- un proceso penal común, sí encontramos un instrumento en materia de Derechos fundamentales que recoge los derechos y garantías procesales que han de ser observados por todos los Estados –con alguna precisión en relación con algunos de ellos-. Se trata de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, con el mismo rango normativo que el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TUE y TFUE respectivamente)¹⁶.

Este carácter supranacional permite señalar que en la UE, aún sin contar con un proceso penal europeo, sí existe una uniformidad en los procesos penales existentes en los distintos Estados, al menos desde la consideración del mismo como instrumento para evitar el castigo de los inocentes y garantizar la justa realización del Derecho penal. Efectivamente, existen unos estándares mínimos de garantías reconocidos en tales instrumentos, asumidos y aplicados en los distintos Estados, derivados de la tradición jurídica europea que arranca con el proceso penal de marcado carácter liberal surgido en Europa tras la Revolución francesa y la ratificación de todos los EEMM, fundamentalmente, del CEDH que, además de vincularles directamente, *per se*, en tanto

¹⁶ Art. 6.1 TUE.

que tratado internacional válidamente adoptado por todos ellos, su vinculación también resulta de la obligación establecida en el Derecho originario de la UE.

3. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES

3.1. La innecesaria distinción entre derechos (subjetivos) y garantías procesales

Manifestación esencial de los principios jurídico-naturales que inspiran el proceso penal son los derechos que las leyes reconocen a los sospechosos o acusados en el proceso penal. Tales derechos, para que sean efectivos, se rodean también de una serie de garantías para su efectivo ejercicio, no siendo fácil distinguir cuál es el derecho subjetivo en sí y cual la garantía de ese derecho, entremezclándose y confundiéndose derecho y garantía en un conjunto de derechos. Se trata de derechos de naturaleza fundamental para el individuo, consustanciales a su propia existencia –como hemos dicho, responden a las más elementales razones de justicia- que presentan una doble vertiente: como derecho subjetivo o poder del individuo frente al Estado y otra vertiente objetiva, en tanto que principios que han de inspirar todo el ordenamiento jurídico en el que se insertan. Así, junto a estos derechos relativos al proceso y en general, a la justicia, se sitúan las garantías (procesales), entendiendo por tales aquellos medios procesales mediante los cuales es posible la realización y eficacia de los Derechos del hombre¹⁷.

No obstante, podría decirse que resulta innecesario -quizá estéril- intentar distinguir o separar lo que sean derechos y lo que sean garantías, y descubrir la naturaleza de unos y otras, pues, en definitiva, lo que pudieran ser garantías se manifiestan unas veces como otros derechos, otras como mandatos a los poderes públicos, y otras como garantías a instituciones conexas con determinados derechos fundamentales, pero -y es lo que importa- con una naturaleza universal, fundamental, predicables y ejercitables en todo caso y para todos los individuos, con independencia de la etiqueta que se le asigne. Por ello, y a nivel de la UE, en la regulación de mínimos que lleva a cabo, no se les distingue y se habla genéricamente de “derechos y garantías

¹⁷ FIX ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 51.

procesales” (penales), “*procedural rights in criminal proceedings*” o “*droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales*”.

Así, también el Tribunal Constitucional español alude genéricamente a estos derechos y garantías, por ejemplo, en relación con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que recoge el artículo 17 CE, al señalar que "son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación..."¹⁸.

También, en este sentido, el profesor BAÑO LEÓN analiza y concluye que los derechos fundamentales –desde la óptica de nuestra Constitución- son una noción polivalente, comprensiva no solo de los derechos fundamentales en sentido estricto - ámbitos de libertad frente al legislador- sino también de garantías de instituciones u organizaciones y de normas de actuación de los poderes públicos, o las propias garantías procedimentales, resaltando el aspecto objetivo de los derechos fundamentales, y así señala que “la garantía de ciertas instituciones u organizaciones es prácticamente inescindible del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales...”. También como ejemplo y partiendo del derecho a la libertad personal y a la seguridad que recoge el artículo 17 CE, señala que el mismo no se garantiza únicamente otorgando al individuo un derecho o poder de reacción frente a eventuales intromisiones de los poderes públicos pues, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional español:

“[D]e poco serviría si a su servicio no estuviera una garantía procedimental como la del habeas corpus (apartado 4) o no se previeran actuaciones positivas del Estado, como el deber de protección o la asistencia del abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales [...] El derecho a obtener la tutela judicial efectiva no es, desde luego, un derecho que se satisfaga con la mera abstención estatal, due process, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisprudencial, y con arreglo a unos principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia judicial,

¹⁸ Por todas, STC 18/2005, de 1 de febrero (FJ. 2º).

imparcialidad, reglas probatorias, en fin, garantías procesales. No hay otro derecho en el que sea más clara la vertiente objetiva”¹⁹.

3.2. Ausencia de un *numerus clausus* en los derechos y garantías procesales

No existe un *numerus clausus* sobre cuáles sean los derechos y garantías procesales a través de los cuales se materializan los principios que inspiran el proceso penal. Dependerá del momento histórico y del país concretos, ya que en tanto que manifestación del Derecho penal, los derechos y garantías procesales se configuran también como una materia a través de la cual los Estados manifiestan su propia soberanía al margen, en principio, de injerencias externas.

No obstante, tras la Segunda Guerra Mundial se producen dos circunstancias de capital importancia en los derechos y garantías procesales penales: primero, su constitucionalización, elevándolos al rango de derechos fundamentales y segundo, el nacimiento de un derecho internacional de los derechos humanos –entre éstos también los derechos y garantías procesales-. Fundamentalmente esta apertura internacional se produce con la aparición de diversas normas internacionales y su ratificación por los Estados, lo que supuesto el surgimiento de, al menos, un núcleo mínimo, esencial, de derechos y garantías procesales que, en la medida en que han sido ratificados por los Estados, pasan ya a formar parte de sus ordenamientos internos, suponiendo una homogenización de mínimos en esta materia.

4. LA PLASMACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN DERECHOS Y GARANTÍAS CONCRETAS

4.1. La aparición en los ordenamientos internos a través de los distintos códigos procesales

Los principios jurídico-naturales del proceso han tenido su reflejo primeramente en las distintas leyes procesales de cada uno de los Estados, plasmándose en los

¹⁹ BAÑO LEÓN, J., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 150-161.

concretos procedimientos judiciales que se establecen y en una serie de derechos y garantías que se reconocen a quienes aparecen como sujeto pasivo del proceso, que posteriormente han pasado a las respectivas Constituciones. Y después de ello, han sido recogidos en diferentes tratados internacionales.

4.1.1. La Revolución francesa y el nuevo proceso penal liberal

Centrándonos en el proceso penal liberal surgido tras la Revolución francesa, las primeras manifestaciones del justo proceso se encuentran en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que recoge ya en sus artículos 7, 8 y 9 una serie de derechos y garantías procesales en concreto:

Artículo 7º. “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia”.

Artículo 8º. “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

Artículo 9º. “Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”²⁰.

En 1791 se promulga la primera ley procesal penal de la Revolución en que se mezclan elementos del proceso inglés con algunas instituciones del proceso inquisitivo que perviven. Como destaca el jurista MAIER²¹ una de las bases fijadas por el nuevo sistema procesal surgido tras esta primera Ley es que el imputado adquiere la condición de sujeto del proceso, por lo que tiene amplias facultades para contradecir la imputación desde el momento mismo de su inicio, con libertad de defensa y ayuda de un defensor y aunque se mantenía la figura del arresto preventivo, se admitía no obstante la posibilidad de libertad bajo caución. No obstante, la complejidad de esta Ley junto a las críticas recibidas por el mantenimiento aún de instituciones inquisitivas motivó su

²⁰ Texto completo de la Declaración, en castellano, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf>

²¹ MAIER, J. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 343-345.

derogación y sustitución por el *Code des délits peines* de 25 de octubre de 1795, que se mantendrá como norma procesal penal hasta el *Code d'instruction criminelle* de 1808 considerado el verdadero Código procesal penal de la Revolución, estableciendo, esta vez sí, un nuevo sistema de persecución penal²². El modelo resultante será el llamado *sistema mixto*.

4.1.2. El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y su influencia en Europa. El movimiento codificador

El Código de Instrucción Criminal de 1808 -conocido como el Código napoleónico- tiene la virtud de simplificar y mejorar la legislación procesal penal existente hasta la época, sirviendo de modelo a la mayor parte de los códigos de la época. Como el resto de códigos de principios del siglo XIX, es una obra de transición en la que se entremezclan disposiciones, a veces contradictorias, de las legislaciones anteriores –anterior y posterior a la Revolución-. El resultado es un proceso penal en el que la primera fase, la instrucción, es escrita, secreta y sin contradicción –modelo inquisitorial de la Ordenanza de 1670 y la segunda fase, el enjuiciamiento, es público, oral y contradictorio, diseñado por la ley de 1791²³. La fase de instrucción está presidida por las notas del proceso inquisitivo, siendo la instrucción secreta para el acusado, no pudiendo conocer ni la querella ni otros documentos recogidos durante la fase de instrucción, aunque sí puede reunirse con su defensor. Durante el juicio, ya público y oral, se le garantiza ampliamente su defensa con publicidad de todos los actos y participación activa en todos ellos, con asistencia de defensor, y con plena contradicción²⁴.

El Código napoleónico sirvió de modelo e inspiración a los textos procesales penales desarrollados en la Europa continental a lo largo del siglo XIX. El nuevo

²² *Ibidem*, p. 352.

²³ GARRAUD, R. “Presentation du Code d'instruction criminelle” en “*Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*” Paris, 1927, T.I. pp. 89 y ss., núm. 58-59. Puede consultarse en: <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm>

²⁴ MAIER, J. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos...*, ob. cit, p. 354.

sistema penal resultante y los derechos y garantías procesales que recoge, frutos de la Revolución, se extenderán por toda Europa.

En Alemania, la influencia de los procesos penales francés e inglés fue decisiva en el nuevo proceso penal caracterizado por el paso del proceso inquisitivo al proceso acusatorio, recogiendo en las leyes procesales y Constituciones de los distintos Estados y tras la Constitución Imperial de 1871 que atribuyó al Imperio la competencia en materia penal, en la Ley Procesal Penal de 1877, vigente hasta nuestros días, naturalmente con múltiples e importantes modificaciones²⁵.

La influencia se pone de manifiesto también a lo largo del siglo XIX en la mayoría de los nuevos textos procesales penales que surgen. Así el Código austriaco de 1873, el noruego de 1887, el húngaro de 1896 o el italiano de 1913. España no quedó al margen de este movimiento codificador influido por los principios liberales surgidos de la Revolución y tomando como modelo el Código francés de 1812, llevó a cabo su reforma en el proceso penal, como veremos seguidamente con más de detalle.

4.1.3. El caso español: La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882

Las ideas liberales surgidas tras la Revolución francesa, plasmadas en la Constitución francesa de 1791, así como el modelo surgido también de la nueva Constitución americana, tuvieron su reflejo en la primera Constitución española de 1812, que venía a combinar los nuevos principios liberales y democráticos con las leyes tradicionales españolas. En lo que al proceso penal se refiere, el Título V bajo la rúbrica “De los tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal”²⁶ el Capítulo III dedicado a la “Administración de Justicia en lo criminal” fijaba ya los principios del proceso mixto conforme al modelo francés post-revolucionario, y así establecía:

²⁵ GÓMEZ COLOMER, J.L., “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes” en AAVV *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 247-248.

²⁶ Pese a que la Constitución de 1837 abolió la de 1812 declaró subsistentes las disposiciones del Título V no expresamente derogadas o modificadas por la nueva Constitución.

“Artículo 301. Al tomar la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos y si por ellos no los conociere, se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quiénes son.

Artículo 302. El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes”.

También, manifestaciones del derecho a la información se recogen en los artículos 287 y 300 del mismo texto legal²⁷.

Pero la norma que verdaderamente recoge ya el proceso penal acusatorio o mixto del modelo francés surgido tras la Revolución, es la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (LECRIM en lo sucesivo)²⁸, si bien, con anterioridad ya algunas de las innovaciones de esta ley habían sido recogidas en otros textos²⁹.

Esta ley supuso uno de los Códigos procesales penales más avanzados de Europa en lo que a la instauración del principio acusatorio se refiere pues, además de dividir el proceso en dos fases: instrucción y juicio oral, encargándose de las mismas órganos jurisdiccionales distintos, consagró la acusación popular y privada y en cuanto a los derechos y garantías de los imputados y acusados, fortaleció el derecho de defensa en la fase de instrucción que surgía ya con la imputación que había de recoger el auto de procesamiento y se le permitía también la comunicación con su abogado, se consagra igualmente el derecho de todo acusado a ser juzgado en un juicio oral y público y el

²⁷ El artículo 287 establecía: “Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión” y el artículo 300 que “Dentro de las veinticuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere”.

²⁸ Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprobaba el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal, redactado con arreglo a la autorización concedida al Gobierno por la Ley de 11 de febrero de 1881.

²⁹ Así, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 con importantes modificaciones para el proceso penal, que pasaron a la primera Ley (Provisional) de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y finalmente, la Recopilación General de 1879 que supone el antecedente inmediato de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

derecho a no ser condenado sino con arreglo a auténticas pruebas de cargo practicadas bajo los principios de publicidad y contradicción realizadas en el juicio oral³⁰.

Resulta muy ilustrativa la Exposición de Motivos de esta ley que constituye un verdadero propósito de buenas intenciones y refleja la decidida apuesta por un cambio en el proceso penal hasta entonces vigente. Se anticipa la fijación del sistema o modelo acusatorio frente al inquisitivo. Su marcado carácter liberal se evidencia también en las proclamas a favor del individuo, en tanto que tal, frente al poder del Estado, dotándolo de una serie de derechos y garantías hasta entonces desconocidos.

Señala, así, la Exposición de Motivos que las reformas más novedosas e importantes frente a la entonces regulación vigente venían referidas “...a suplir algún vacío sustancial por donde era frecuente el arbitrio un tanto desmedido [...] de la jurisprudencia, á corregir los vicios crónicos de nuestro sistema de enjuiciar tradicional y á rodear al ciudadano de las garantías necesarias para que en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado”, poniéndose de manifiesto la duración de la instrucción de los sumarios con el grave perjuicio – duración de la prisión provisional- que ello tenía para los acusados, y sin mecanismos de reparación en los casos de absolución. Se pretendía –añade la misma Exposición- un sistema en el que “...la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente...”.

Entre los medios para alcanzar el nuevo sistema penal se reconocían de forma absoluta el derecho a la defensa letrada y la participación personal del acusado en todas las diligencias de investigación que se lleven a cabo³¹. La preocupación para que el

³⁰ GIMENO SENDRA, V., “La reforma de la LECRIM y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, *RPJ*, núm. 19, 2006, especial: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, p. 80.

³¹ Efectivamente proclama la Exposición de motivos que “En todo caso, ántes y después de los dos meses –duración máxima del secreto del sumario- el que tenga la inmensa desgracia de verse sometido á un procedimiento criminal gozara en absoluto de dos derechos preciosos, que no pueden menos de ser grandemente estimados donde quiera que se rinda culto á la personalidad humana: uno el de nombrar defensor que le asista con sus consejos y su inteligente dirección desde el instante en que se dicte auto de

principio de igualdad de armas –en la fase de juicio oral- sea plenamente efectivo constituye una preocupación del legislador que inspira la reforma y tiene también su reflejo en la Exposición de Motivos³². En cuanto al principio de audiencia encontramos salvaguardas al mismo a lo largo del texto articulado de la Ley³³.

Vemos, pues, como los principios jurídico-naturales del proceso penal quedaron ya recogidos como derechos subjetivos a favor del acusado, en el caso español, en la LECRIM de 1882. Este texto, de carácter liberal y acorde con el movimiento codificador europeo en el que se inserta, apuesta decididamente por los derechos individuales de la persona, de su protección frente a injerencias en los mismos por otros particulares o por los poderes públicos: "...un código completamente nuevo y de carácter tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo". No se habla aún de estos derechos o garantías procesales en términos de derechos fundamentales, derechos humanos o derechos de la personalidad, pero sin duda, su naturaleza inviolable queda ya apuntada: "Sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor...", dice la Exposición de Motivos.

procesamiento; y otro el de concurrir por sí ó debidamente representado á todo reconocimiento judicial, á toda inspección ocular..."

³² Así, señala también la Exposición de Motivos que finalizada la instrucción comienza la verdadera contienda jurídica ante el Tribunal que ha de juzgar "...y ya entonces sería indisculpable que la ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado. Están enfrente uno de otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor..." sin que el *ius puniendi* del Estado implique sacrificar la presunción de inocencia "...porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales". Manifestaciones concretas de este principio son los derechos que de forma positivizada se recogen ya en los artículos 118 y ss. LECRIM

³³ Así por ejemplo, en el artículo 396 LECRIM conforme al cual "Se permitirá al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación ó para la explicación de los hechos..."; o el artículo 400: "El procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración...". También el derecho de última palabra recogido en el artículo 739: "Terminadas la acusación y la defensa, el Presidente preguntará á los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal. Al que contestare afirmativamente le será concedida la palabra..."

4.2. La constitucionalización en Europa tras la Segunda Guerra Mundial

4.2.1. En general

Tras la Segunda Guerra Mundial se produce en Europa el fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos también las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial³⁴, con la intención de evitar que los legisladores futuros desconociesen tales derechos, protegiéndolos mediante un sistema reforzado de reforma constitucional³⁵. Esta constitucionalización tiene su fuente en la noción del debido proceso y la regulación que con base en ella han efectuado las distintas leyes que garantizan los derechos del acusado que, como señala el profesor y magistrado BACIPGALUPO³⁶, “han adquirido en Europa una notable homogeneidad, que va más allá de la mayor o menor parquedad o detalle de los textos constitucionales que establecen las garantías del proceso”. Veamos, en este sentido, algunos ejemplos.

En primer lugar, hay que destacar la Constitución italiana de 1947, en particular sus artículos 24, 25 y 111³⁷. Este último artículo proclama el principio contradictorio del proceso penal, el de igualdad de armas y el juez imparcial. Igualmente recoge importantes garantías como el derecho del acusado a ser informado reservadamente y en el plazo más breve posible de los motivos de la acusación, así como la necesidad de contar con el tiempo necesario para preparar su defensa, la facultad de proponer todas aquellas pruebas que le sean favorables y la asistencia de intérprete cuando no comprenda la lengua del proceso.

³⁴ Con anterioridad algunos textos constitucionales habían recogido principios procesales penales, si bien con un mero valor programático, careciendo de aplicación directa. Así, puede citarse la Constitución española de 1812 que en los artículos 286 a 308 se ocupa “De la Administración de Justicia en lo criminal”, recogiendo algunas manifestaciones del derecho a la información (arts. 287, 300 y 301).

³⁵ PICÓ I JUNOY J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 29.

³⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal...”, *ob. cit.*, edición digital, sin número de página.

³⁷ Para el texto íntegro de la Constitución *vid.* <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>.

Por su parte, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 recoge los derechos y garantías procesales en sus artículos 19, 101 y 103 que incluye el derecho a ser oído, incluyendo el derecho de defensa y el acceso a la jurisdicción, así como el principio *non bis in ídem*.

En el proceso penal alemán rige como principio general el denominado *fair trial* si bien no con el sentido y alcance originario del proceso penal inglés en que tiene su origen. Si en el proceso inglés el *fair trial* es un principio considerado desde el punto de vista de las partes, que supone que al inculpado debe quedar garantizada la defensa, entendida de la mejor manera posible frente a la acusación más poderosa en medios que él. Decimos que no puede aplicarse en el mismo sentido este principio en Alemania, pues el proceso no se concibe, a diferencia del inglés, como un proceso de partes, por ello se completa con el principio de igualdad de armas entre acusador y acusado, lo que contribuye a garantizar en gran medida la igualdad entre éstos. Por ello el Tribunal Constitucional alemán considera al *fair trial* un principio procesal penal de naturaleza constitucional que tendría su origen en los artículos 1.1, 1.2, y 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, si bien, al no existir un proceso de partes, es aplicado a las relaciones existentes entre Estado –que ejerce la acusación- y el imputado³⁸.

Junto al *fair trial* se sitúa también el principio del debido proceso que, aunque no está expresamente proclamado en la Constitución no es cuestionado ni matizado por el Tribunal Constitucional alemán, que lo considera inherente al propio concepto de Estado de Derecho.

Otros textos constitucionales que recogen derechos y garantías procesales fundamentales son la Constitución portuguesa de 1976 (arts. 20 y 32), la Constitución austriaca (artículo 90³⁹) o la española de 1978 (arts. 17 y 24 fundamentalmente)⁴⁰ que veremos con más detalle.

³⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., “El sistema procesal penal alemán...” *ob. cit.*, pp. 255-256

³⁹ Que establece para el proceso penal el principio acusatorio así como su carácter oral y público, y la prohibición de la confesión del acusado de forma coactiva.

4.2.2. El caso español: La Constitución de 1978 y las garantías constitucionales del proceso penal

El artículo 24 CE de 1978 responde al modelo procesal históricamente legitimado⁴⁰ que, como hemos visto arrancó con la Revolución francesa y se extendió rápidamente por el resto de países continentales europeos. En concreto, señala este artículo:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

En estos dos epígrafes se prevén dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que operan en distinto momento: antes y durante el proceso. Efectivamente el apartado 1º al proclamar el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión establece una garantía previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto; mientras que el apartado 2º recoge las denominadas garantías procesales que operan ya –o han de operar– en el proceso y aunque este apartado asegura también la tutela efectiva, lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales⁴².

⁴⁰ PICÓ I JUNOY J., *Las garantías constitucionales...*, *ob. cit.*, pp. 32-33.

⁴¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal...”, *ob. cit.*, ed. digital, sin número de página.

⁴² STC 46/1982, de 12 de julio.

Pero los derechos y garantías procesales no se agotan con el artículo 24 debiendo completarse con otros preceptos constitucionales, como el artículo 17 (en relación con el derecho a la asistencia letrada del detenido que, aunque es en un momento anterior al proceso y no se identifica enteramente con el derecho a la asistencia letrada del artículo 24, sí guardan íntima relación) y el artículo 117 CE (exclusividad jurisdiccional, independencia e inamovilidad que implican la imparcialidad del tribunal, etc.).

Pues bien, conforme a los preceptos anteriormente citados, acogiendo la clasificación que lleva a cabo CORDÓN MORENO⁴³, pueden señalarlas como garantías constitucionales del proceso penal español las siguientes:

1º. Garantías al ejercicio de la jurisdicción, entre las que se encontrarían: a) el principio unidad jurisdiccional; b) el principio de exclusividad; c) el derecho al juez predeterminado en la Ley; d) la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la jurisdicción y e) la participación popular a través del jurado en la Administración de Justicia.

2º. Garantías del juez: a) principios de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley; b) la independencia judicial; c) la imparcialidad del juez y d) la responsabilidad del juez.

3º Garantías de la actividad de las partes en el proceso penal: a) el derecho de acceso a la jurisdicción; b) los principios de audiencia y de igualdad de armas; c) el derecho de defensa y d) la presunción de inocencia.

4º Garantías del desarrollo del proceso: a) derecho a un proceso público; b) derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y c) derecho a un proceso con todas las garantías.

⁴³ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales...*, ob. cit., capítulos 3º a 5º.

5º Garantías en relación con la resolución judicial: a) derecho a obtener una resolución fundada en derecho; b) derecho a una resolución motivada; c) derecho a una resolución congruente; d) derecho a los recursos, resultando esencial la segunda instancia penal; e) derecho a una resolución que respete la cosa juzgada y f) derecho a la inmodificabilidad de la sentencia.

Los derechos y garantías de sospechosos y acusados en el proceso penal –que son objeto de este trabajo- se encuadran en las denominadas garantías de actividad de las partes en el proceso y en las garantías del desarrollo del proceso. Entre las primeras hemos apuntado el derecho de defensa que, a su vez, engloba o puede dividirse en otros derechos y garantías que, integrados en este genérico derecho de defensa, casi alcanzan sustantividad propia o su ejercicio es objeto de regulación o modulación independiente unos de otros. Así cabe hablar de: a) la prohibición de indefensión; b) el derecho a ser informado de la acusación; c) el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes; d) el derecho a la defensa y asistencia letrada y e) el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

4.3. El surgimiento del Derecho internacional de los derechos humanos

Junto a la constitucionalización de los derechos y garantías procesales y su consideración como derechos fundamentales, a partir de la Segunda Guerra Mundial se produce también el nacimiento de un Derecho internacional de los derechos humanos, que arranca con la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (DUDH, en lo sucesivo) y continúa –a nivel universal- con el Pacto Sobre los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966⁴⁴. Surgen también otras organizaciones regionales para la protección de los Derechos Humanos, Como el Consejo de Europa, en cuyo seno se dictan importantes convenios como el Convenio

⁴⁴Aprobado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, si bien su entrada en vigor no se produjo hasta 1976.

Europeo de los Derechos del Hombre⁴⁵ o, en el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴⁶.

Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido definido como “el sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad”⁴⁷. Por último, conviene no olvidar que el reconocimiento de determinados derechos y garantías procesales en los instrumentos internacionales citados, no otorga un rango a unos derechos que no lo tuvieran antes. Se trata de derechos inalienables de la persona, anteriores a los Estados y a las organizaciones internacionales.

4.3.1. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos

A partir de la DUDH comienza a desarrollarse una idea revolucionaria en Derecho internacional consistente en la convicción de que los Estados tienen la obligación jurídica de respetar los derechos humanos de las personas que se hallen bajo su jurisdicción⁴⁸. Idea que tendrá su consolidación definitiva a nivel regional europeo con el CEDH concluido en el seno del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

Los derechos y garantías procesales de naturaleza fundamental contenidos en estos primeros instrumentos internacionales se recogen, en concreto, en los artículos 7 a 11 de la DUDH, junto a otros preceptos dedicados al proceso penal: el principio de no discriminación e igualdad en la aplicación de la ley (art. 7); el derecho de acceso a los

⁴⁵ Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁴⁶ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Los derechos y garantías procesales penales, se recogen en los artículos 8 (garantías judiciales) fundamentalmente y 9 (principio de legalidad y de retroactividad) y 10 (derecho a indemnización).

⁴⁷ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española de 1978: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Pamplona, 2006.

⁴⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 11.

tribunales ante la violación a algún derecho fundamental (art. 8); la prohibición de detenciones o arrestos arbitrarios (art. 9); el derecho a ser oído públicamente y en juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial (art. 10); la presunción de inocencia y el derecho a un juicio público con todas las garantías (art. 11.1;) y principio de legalidad de las penas y de los delitos (art. 11.2).

Por su parte, el Pacto Sobre los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 9 y 10, reitera alguno de los derechos ya proclamados en la DUDH, si bien amplía dicho catálogo introduciendo otros nuevos. Así, tras proclamar el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9.1) recoge el derecho de todo detenido a ser informado del motivo de la detención y de la acusación formulada contra él (art. 9.2); la puesta a disposición del juez tras la detención, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y la excepcionalidad de la prisión preventiva (art. 9.3); el derecho a recurrir ante un tribunal ante una detención o ingreso en prisión y a que el tribunal resuelva sobre la legalidad de su situación en un plazo breve (art. 9.4); así como el derecho al resarcimiento de toda persona detenida o presa ilegalmente. Por su parte, el artículo 10 se ocupa de determinados derechos y garantías en el ámbito penitenciario, y tras proclamar que todo detenido ha de ser tratada humanamente y con respecto a la dignidad que le es inherente a todo ser humano (art. 10.1), establece, de un lado la necesidad de separación de los procesados –en situación de prisión preventiva- de los condenados y de otro, la separación entre los menores –que deben ser enjuiciados con la mayor celeridad, de procesados de los adultos. Finalmente proclama la reforma y la reinserción social como finalidades esenciales del régimen penitenciario, previendo que los menores estén sometidos a un tratamiento específico, acorde con su edad y condición.

4.3.2. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos

A nivel regional europeo, sin duda alguna, el instrumento internacional en materia de protección de derechos humanos más importante es el CEDH de 4 de noviembre de 1950, concluido en el seno del Consejo de Europa, junto a sus posteriores Protocolos Adicionales números 1, 4, 6, 7, 12 y 13, todos ellos de carácter normativo.

Se trata de un tratado multilateral restringido pudiendo ser parte del mismo únicamente los Estados miembros del Consejo de Europa. Por otra parte, hay que advertir todos los EEMM de la UE son miembros del Consejo de Europa. Además, es intención, desde hace años, que la UE, dotada ya de personalidad jurídica propia al margen de los EEMM, se adhiera, en tanto que organización internacional, al CEDH, como veremos más adelante, si bien con determinadas cautelas conforme se recoge en el protocolo adicional al apartado 6.2 TUE, tras el Tratado de Lisboa.

La importancia del CEDH en materia de Derechos humanos es capital, tanto por su ámbito de aplicación como por la naturaleza de las obligaciones que establece. En cuanto a su ámbito de aplicación, porque se aplica no solo a los nacionales de los Estados parte, sino también a toda persona que se halle bajo la jurisdicción de alguno de esos Estados (art. 1), lo que le otorga una naturaleza universal en cuanto al alcance de su protección.

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones que crea para los Estados, además de las expresamente previstas de naturaleza negativa, de no hacer actuaciones que supongan la violación de los derechos que el Convenio recoge, establece también – como ha interpretado el TEDH- obligaciones positivas de hacer, tendentes a asegurar el disfrute de tales derechos a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción. De este modo, el Convenio adquiere una dimensión constitucional en tanto que instrumento internacional dotado de una naturaleza específica que lo diferencia de los instrumentos internacionales clásicos, pues además de establecer obligaciones entre los Estados crea unas obligaciones objetivas que disfrutan de una garantía colectiva⁴⁹.

El mecanismo de protección de los derechos reconocidos en el Convenio es doble: de un lado un mecanismo de protección no jurisdiccional basado en los informes que los Estados parte deben emitir sobre la manera en que el Derecho interno protege aquellos derechos cuando sean requeridos por el Secretario General del Consejo de Europa –sistema que ha sido poco utilizado en la práctica- y de otro y más importante, el mecanismo de protección de naturaleza jurisdiccional: el Tribunal Europeo de los

⁴⁹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo... ob. cit.*, pp. 2-22.

Derechos del Hombre, órgano jurisdiccional de naturaleza permanente y jurisdicción obligatoria. Tras la entrada en vigor del Protocolo número 11 con el que se puso fin al proceso de revisión de los mecanismos de protección al que venía sometido, los particulares –al igual que los Estados- tienen legitimación para acudir al Tribunal en defensa de sus derechos fundamentales que consideren violados frente al Estado autor de la violación, una vez agotados los recursos internos.

Las sentencias del TEDH son obligatorias para los Estados parte, que han de acatarlas y producen efectos de cosa juzgada respecto del Estado o Estados que han sido parte en el litigio y también efectos de cosa interpretada respecto a todos los Estados, pues el Tribunal no solo tiene competencias para aplicar el Convenio sino también para interpretarlo. Corresponde a los Estados determinar el modo en que las sentencias del Tribunal –esencialmente declarativas- son ejecutadas.

Del catálogo de derechos y libertades que recoge el Convenio, los artículos 5, 6 y 7 así como el Protocolo adicional número 7 recogen los relativos a los derechos y garantías en el proceso penal, dentro de las previsiones dedicadas a la Justicia.

En primer lugar, el artículo 5 recoge el derecho a la libertad y a la seguridad personal, así como los derechos que asisten al detenido. Dispone este artículo:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido ;
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención,

conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

En segundo lugar, el artículo 6 recoge los derechos a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia, señalando al respecto:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

En tercer lugar, el artículo 7 consagra derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, íntimamente vinculados con el proceso penal, en tanto que principios referidos a la ley penal, que el Estado aplica, necesariamente, a través del proceso. Se trata, en concreto, del principio de legalidad para los delitos y las penas así como la irretroactividad de las leyes penales al proclamar que:

- “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
- 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

Por último, el Protocolo adicional número 7 reconoce el derecho al recurso contra una condena penal, el derecho al resarcimiento del indebidamente condenado y el principio *non bis in idem* en sus artículos 2, 3 y 4. Y así se establece:

- Artículo 2. “1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.
- 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.

Artículo 3. “Cuando una condena firme resulte posteriormente anulada, o cuando se haya concedido un indulto, porque un hecho nuevo o conocido con posterioridad demuestre que se ha producido un error judicial, la persona que haya sufrido una pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o a la práctica vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación a tiempo del hecho desconocido le fuere imputable total o parcialmente”.

Artículo 4. “1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio”.

La regulación que lleva a cabo el Convenio y sus protocolos, tanto para estos derechos relativos al proceso como para el resto de derechos fundamentales contemplados, es de mínimos lo que supone, conforme a su artículo 53, que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar o restringir los derechos fundamentales ya reconocidos en los ordenamientos internos o en otra norma internacional aplicable. Igualmente se trata de derechos no susceptibles de limitación o restricción en los términos previstos en el artículo 18 –cuando la posibilidad de restricción esté prevista en la Ley y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar alguna de las finalidades legítimas descritas en tal artículo- a diferencia de lo que ocurre con los derechos recogidos en los artículos 8 a 11.

4.3.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Finalmente, entrando ya en el ámbito más restringido de la UE, existe otro importante instrumento de protección de los derechos fundamentales, entre ellos también derechos y garantías de naturaleza procesal penal. Se trata de la CDFUE, proclamada por el Consejo, el Parlamento y la Comisión en diciembre de 2000, tras el Consejo Europeo de Niza y que tras el Tratado de Lisboa ha sido dotada de carácter jurídico vinculante, dándole el mismo rango normativo que los Tratados fundacionales

de la Unión. No obstante, el Reino Unido y Polonia han conseguido flexibilizar esta obligatoriedad en la aplicación de la Carta, en los términos recogidos en un Protocolo específico⁵⁰ incorporado al efecto al TUE y TFUE.

En particular, el artículo 6 TUE establece que:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Podemos advertir ya la estrecha conexión entre el Ordenamiento de la Unión y el CEDH –Consejo de Europa- en materia de derechos fundamentales con remisiones del primero al segundo. Este artículo no solo reconoce el carácter normativo y el rango –al más alto nivel- de la Carta, convirtiéndose así para los Estados miembros en otro instrumento internacional más que resulta jurídicamente vinculante y ha de ser tenido en cuenta en materia de derechos fundamentales, sino que también incorpora al

⁵⁰ Protocolo sobre la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales de la UE a Polonia y al Reino Unido. El artículo 1 establece que la Carta no amplía la competencia del TJUE, ni de ninguno de los tribunales nacionales del Reino Unido ni de Polonia para interpretar las actuaciones de los poderes públicos de esos países en relación con la incompatibilidad con los derechos, libertades y principios que la carta reafirma, que según el Protocolo ya existen y la Carta los hace visibles, sin crear nuevos derechos ni principios. Igualmente cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales únicamente se aplicarán en la medida que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o en las prácticas de Polonia o del Reino Unido.

ordenamiento de la Unión los derechos fundamentales y la regulación de los mismos contenida en el CEDH, como principios generales del mismo⁵¹.

Pero antes de que en los Tratados constitutivos se recogiese esta asunción del contenido del CEDH vía principio general, ya la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –entonces de las Comunidades europeas- había declarado que aunque las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que los Estados miembros eran parte no tenían un efecto directo sobre el ordenamiento comunitario, dichos tratados, junto con las tradiciones constitucionales comunes, sí determinaban el contenido de los principios generales del Derecho comunitario⁵², singularmente el CEDH⁵³.

Además de esta incorporación en bloque del CEDH, vía principios generales, la Carta incorpora una regulación propia, con un catálogo de derechos específico –en muchos casos con el mismo o similar contenido que el del CEDH- y con criterios y disposiciones interpretativas también específicas.

La Carta se divide en siete capítulos con las siguientes rúbricas: “Dignidad”, “Libertades”, “Igualdad”, “Solidaridad”, “Ciudadanía”, “Justicia” y “Disposiciones generales” que rigen la interpretación y aplicación de la Carta. En particular, en lo que se refiere a los derechos fundamentales que constituyen derechos y garantías procesales en el proceso penal, el Título VI “Justicia” recoge en tres artículos los derechos a la

⁵¹ Ya el artículo 6.2 TUE, en la redacción resultante del Tratado de Ámsterdam de 1997, había dispuesto que la Unión respetaría “los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados como principios generales del Derecho comunitario”.

⁵² CARRILLO SALCEDO, J.A., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Diario La Ley núm. 6159, 2004, edición digital ref. LA LEY 2785/2004.

⁵³ STJCE de 18 de junio de 1991, caso ERT señala que “...los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho [...] el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección [...] El convenio Europeo de Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular. De ahí se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera”.

presunción de inocencia y el derecho de defensa (art. 48)⁵⁴, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, así como la retroactividad de la ley más favorable (art. 49) y el principio *non bis in idem* (art. 50). En concreto establece:

Artículo 48. “1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.

2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”.

Artículo 49. “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

Artículo 50. “Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

Ahora bien, la Carta no crea nuevos derechos o principios, sino que *reafirma* los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión, haciendo que dichos derechos sean aún más visibles⁵⁵.

Pudiera pensarse que esta regulación expresa en la CDFUE es una medida redundante en la medida en que todos los EEMM de la UE lo son, a su vez, del Consejo de Europa, estando ya vinculados jurídicamente por el CEDH y sometidos la jurisdicción de su Tribunal. Será un aspecto sobre lo que volveremos posteriormente pues ha sido uno de los obstáculos esgrimidos en ocasiones por algunos Estados para

⁵⁴ Prácticamente con la misma redacción se recoge el derecho a la presunción de inocencia en el artículo 6.2 CEDH.

⁵⁵ Considerando 6º del Protocolo adicional al Tratado de Lisboa sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido.

oponerse a las regulaciones sobre derechos y garantías procesales que se han intentado llevar a cabo en el seno de la UE⁵⁶.

Efectivamente, se ha señalado que los derechos fundamentales procesales reconocidos en la Carta ya están suficientemente protegidos por el CEDH y las constituciones internas. Su reconocimiento aquí, más que una eficacia práctica real, tiene el valor político de subrayar el compromiso de la UE con estos derechos fundamentales. Esta eficacia práctica quizás pueda tener su razón de ser en los procesos seguidos ante el TJUE en los que los ciudadanos individualmente considerados puedan ser parte, pero desde el punto de vista de los tribunales internos tal eficacia puede ser nula dada la suficiente protección de estos derechos por las constituciones internas⁵⁷.

También, conviene recordar que Polonia y Reino Unido consiguieron que respecto de ellos ni el TJUE ni ninguno de sus órganos jurisdiccionales tengan competencia para apreciar la adecuación o no de actuaciones de esos Estados con los derechos, libertades y principios que la Carta reafirma, y que no podrán ser invocados ante un tribunal nacional salvo que estos Estados ya hayan contemplado estos derechos en sus ordenamientos internos⁵⁸. Esta previsión (*descuelgue*) si bien puede tener relevancia en relación con otros derechos, resulta irrelevante en cuanto a los derechos y garantías procesales recogidos en la Carta, pues los mismos vinculan a ambos Estados y a sus tribunales, no ya por la Carta, sino en virtud del CEDH, si bien, las medidas que pueda la Unión adoptar dentro del *margen de acción adicional* que dice disponer en materia de derechos y garantías procesales⁵⁹, no afectarán a Polonia y Reino Unido por aplicación de este Protocolo.

⁵⁶ Básicamente hay que hacer referencia a la fracasada propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, Bruselas, 28.4.2004, COM(2004) 328 final.

⁵⁷ VEGAS TORRES, J., “Constitución europea, Constitución europea, Justicia y derechos fundamentales relativos a la Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 4, 2º Semestre 2004, pp. 36-37.

⁵⁸ Protocolo adicional al Tratado de Lisboa sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido.

⁵⁹ Considerando 2º del *plan de trabajo* de 2009. Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales. DO de 4 de diciembre de 2009, C 295/1.

5. RECAPITULACIÓN: LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES. ACOTACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

5.1. La vinculación entre el proceso penal y los derechos fundamentales

El proceso penal se concibe no sólo como instrumento del Estado para el ejercicio del *ius puniendi* sino también y desde la perspectiva del sospechoso o acusado, como instrumento para evitar que se castigue a inocentes. Para ello, el proceso ha de construirse de modo que se respeten todos los derechos y garantías procesales básicos. Hablamos de derechos fundamentales, inherentes a todo individuo y consustanciales a su propia existencia, para cuya realización y eficacia en el proceso los mismos se rodean de una serie de medios procesales, en definitiva, de garantías.

Especial mención requiere la proclamación de estos derechos y garantías en la UE tanto por asumir expresamente el CEDH y proclamar el respeto a estos derechos como son interpretados por el TEDH, como por un texto propio en materia de derechos fundamentales como es la CDFUE. En particular y en relación con los derechos y garantías procesales la UE, se está llevando a cabo el desarrollo del Plan de trabajo que sobre ellos se fijó en 2009, existiendo ya distintos textos normativos sobre el ejercicio de alguno de estos derechos en la UE, las distintas Directivas ya aprobadas y las que se encuentran en período de tramitación, de las que nos ocupamos con detalle en capítulos posteriores.

Estos derechos y garantías, fruto de una determinante evolución histórica que arranca fundamentalmente con el proceso penal moderno, de corte liberal, surgido con la Revolución francesa y necesariamente unidos a la idea del justo proceso, se concretan hoy en diversos instrumentos internacionales, mundiales y regionales, además de estar positivizados en la mayoría de los textos constitucionales de los Estados europeos.

5.2. Enumeración de los derechos y garantías procesales: el artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, como punto de partida, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Plan de Trabajo de 2009

En particular, los derechos y garantías procesales que vinculan a la UE y a sus EEMM son los recogidos en el CEDH y en la CDFUE que, a su vez, reproducen los recogidos en otras normas internacionales aunque con un contenido más limitado (Carta de las Naciones Unidas y Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, básicamente). Así la eficacia de los derechos recogidos en la CDFUE (arts. 48 a 50) deriva de su carácter vinculante para los Estados y las instituciones de la UE - al mismo nivel que los Tratados fundacionales-. En segundo lugar, la vinculación obligatoria a los derechos recogidos en el CEDH, deriva tanto de su carácter de principios generales del Derecho de la UE por expresa disposición del artículo 6.3 TUE, como de la vinculación directa de todos los EEMM al CEDH.

Desde un punto de vista puramente doctrinal pudiera discutirse si determinados derechos a los que aludiremos son de naturaleza procesal o de naturaleza sustantiva dentro del Derecho penal. En cualquier caso se trata de una etiqueta, en ocasiones difícil de asignar que, de momento, en nada altera la naturaleza fundamental del derecho o garantía en cuestión y con independencia de que el mismo se reconozca en una norma procesal o sustantiva.

Nos referimos, en concreto y sin que constituya una relación exhaustiva, a los siguientes principios, derechos y garantías:

- Derecho a la presunción de inocencia (art. 48.1 CDFUE y art. 6.2 CEDH).
- Derecho del detenido a ser informado de los motivos de la detención.
- Principio *non bis in idem* (art. 50 CDFUE, art. 4 protocolo núm. 11 CEDH).
- Principio de proporcionalidad en materia de penas (art. 49.3 CDFUE).
- Principio de legalidad penal (art. 49.1 CDFUE).
- Principio de irretroactividad de la ley penal (art. 7.1 CEDH) salvo leyes que establezcan penas más favorables (art. 49.1 CDFUE).
- Derecho de defensa (art. 48.2 CDFUE).

- Derecho al resarcimiento del indebidamente condenado (art. 3 protocolo núm. 11 CEDH) así como del detenido o arrestado ilegalmente (art. 5.5 CEDH).
- *Habeas corpus* (art. 5.4 CEDH).
- Derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse (conforme a la doctrina del TEDH son derechos que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 CEDH)⁶⁰.

5.3. El Plan de trabajo para reforzar los derechos y garantías procesales

En la actualidad, dejando por ahora al margen otros proyectos fracasados de intento de regulación de los derechos y garantías procesales, se encuentra en fase de ejecución el *Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* aprobado por Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009⁶¹, impulsado por la presidencia sueca en el segundo semestre de 2009. Éste fue asumido y hecho suyo por el *Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*⁶² del Consejo Europeo, que constituye el programa plurianual 2010-2014 para el desarrollo del ELSJ –objetivo político superior de la UE, art. 3 TUE–, definiendo las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en este campo. Por lo que respecta a los derechos y garantías procesales en los procesos penales establece, en su apartado 2.4, lo siguiente:

“La protección de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales es un valor fundamental de la Unión, imprescindible para mantener la confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza del ciudadano en la Unión. El Consejo Europeo acoge por lo tanto con satisfacción la adopción por el Consejo del Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales que, cuando se aplique plenamente, reforzará los derechos de las personas en los procesos penales. Este Plan de trabajo formará parte en adelante del Programa de Estocolmo.

El Consejo Europeo invita a la Comisión a:

- presentar las propuestas previstas en el Plan de trabajo para su rápida aplicación, en las condiciones establecidas en el mismo,
- examinar nuevos elementos de los derechos procesales mínimos para los sospechosos y acusados y estudiar si es preciso abordar otras cuestiones, por

⁶⁰ Por todas, STEDH de 3 de mayo de 2001 (asunto *J.B. c. Suiza*), párr. 64.

⁶¹ DO de 4 de diciembre de 2009, C 295.

⁶² DO de 4 de mayo de 2010, C 115.

ejemplo en lo que se refiere a la presunción de inocencia, para fomentar una mejor cooperación en este ámbito”.

Volviendo al *Plan de trabajo*, éste se encuentra recogido como Anexo a la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, siendo su objetivo llevar a cabo “una actuación a escala de la Unión Europea para reforzar los derechos de los sospechosos o acusados en el marco de los procesos penales” (apto. 1º). Tal actuación puede consistir tanto en medidas legislativas como de otra índole.

Efectivamente la Resolución, tras una serie de considerandos aprueba el *Plan de trabajo* que se incluye como anexo y además, declara el carácter no exhaustivo de los derechos y garantías allí recogidas, lo que habilita a que en el futuro puedan presentarse propuestas relativas a otros derechos. Igualmente, declara el carácter fundamental de estos derechos, por lo que considera prioritaria la actuación sobre los mismos (apto. 2º).

En cuanto a lo que cabe entender por *reforzar* tales derechos, señala el *Plan* que “...la Unión Europea dispone de un margen de acción adicional [entre la regulación del CEDH y sus protocolos según son interpretados por el TEDH] para velar por la aplicación y el respeto plenos de las normas del Convenio y en su caso, garantizar la aplicación coherente de las normas aplicables y elevar el nivel existente” (considerando 2º). Pues bien, es en este “margen de acción adicional” en el que puede actuar la Unión Europea. Lo analizaremos más adelante.

El *Plan de trabajo* se divide en seis medidas sobre las que se ha de actuar, siendo orientativo el orden por el que aparecen en el mismo. Junto a las medidas aparece una breve indicación de la acción propuesta sin que la misma tenga por objeto reglamentar o fijar las bases sobre el alcance y contenido que haya de darse a la medida de que se trate en lo que pudiera considerarse una manifestación del principio de equilibrio institucional. El *Plan* no pretende interferir en la competencia de la Comisión, en ejercicio de la iniciativa legislativa mediante el derecho de propuesta que le es propio, tanto para actos legislativos como no legislativos (art. 17.2 TUE). En este

sentido el apartado 3 del *Plan* pide a la Comisión que presente propuestas sobre las medidas incluidas en el plan de trabajo.

El propio *Plan* prevé que su desarrollo ha de ser gradual, pero coherente en su conjunto⁶³. Efectivamente, este desarrollo gradual se evidencia en el hecho de que ya se hayan aprobado tres Directivas y se estén tramitando otras tres, reguladoras de distintos derechos.

Los derechos y garantías de los sospechosos o detenidos que están siendo objeto de actuación por la UE y que se recogen en las medidas que figuran en el *Plan de trabajo* se limitan a los siguientes:

Medida A: Traducción e interpretación.

Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos.

Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita.

Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares.

Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables.

Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional.

Se observa, en primer lugar, lo reducido del número de derechos y garantías procesales que son objeto de medidas para reforzarlos (tales derechos ya están reconocidos en los instrumentos internacionales, básicamente el CEDHy han de ser interpretados conforme a la jurisprudencia del TEDH). No obstante, la Comisión, a finales del 2013, presentó un nuevo paquete de medidas (tres propuestas de Directivas y dos recomendaciones) en las que se abordan otros derechos y garantías no inicialmente previstos en el *plan de trabajo*, como el derecho a no declarar contra sí mismo. No obstante, quedan sin regular derechos y garantías tan importantes como el derecho a la inmediación, en particular de los tribunales en segunda instancia cuando modifican los

⁶³ Señala al respecto el considerando 11º que “Teniendo en cuenta la importancia y la complejidad de estas cuestiones, parece conveniente abordarlas de manera gradual, manteniendo una coherencia de conjunto. Al plantear las actuaciones futuras, por ámbitos separados, se puede concentrar la atención en cada medida concreta, lo que permite determinar y tratar los problemas de forma tal que se dé a cada medida un valor añadido”.

hechos declarados probados sin audiencia del acusado, el derecho a la doble instancia penal o el derecho a no sufrir dilaciones indebidas, sobre los cuales existe también una muy abundante y consolidada jurisprudencia del TEDH.

El Parlamento europeo, preocupado por lo reducido del ámbito de actuación en el que se había de actuar en materia de derechos y garantías procesales –entonces sin competencias legislativas en este campo, ya instó en su momento a ampliar urgentemente este ámbito. Así, en su Recomendación de 7 de mayo de 2009, destinada al Consejo sobre el desarrollo de un Espacio de Justicia Penal en la UE⁶⁴ pedía, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que se adoptase sin dilación:

“un ambicioso instrumento jurídico sobre las salvaguardias procesales en los procesos penales, basado en el principio de la presunción de inocencia, el derecho a una notificación escrita de los derechos («Carta de Derechos») el derecho a la asistencia jurídica, gratuita si procede, antes y durante el juicio, el derecho a presentar pruebas, el derecho a ser informado en una lengua comprensible para el sospechoso/acusado sobre la naturaleza y/o los motivos de la acusación y/o las bases de sospecha, el derecho de acceso a todos los documentos pertinentes en una lengua que el sospechoso/acusado comprenda, el derecho a un intérprete, el derecho a ser oído y a la defensa, la protección de los sospechosos/detenidos que no puedan comprender o seguir el procedimiento, las normas mínimas de detención, las condiciones y la protección de los sospechosos/acusados juveniles, así como unas vías efectivas y accesibles para que las personas puedan obtener indemnización [...] medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto común para la UE de derechos de los detenidos que recojan, entre otros el derecho a la comunicación y asistencia consular a los detenidos”.

Pues bien, en las siguientes páginas analizaremos la actuación que la UE ha llevado y lleva a cabo en la regulación de los derechos y garantías procesales fundamentales, tanto los recogidos en el Plan de 2009 –fundamentalmente- como otros ya recogidos en otras normas europeas, así como aquéllos a los que pudiera extenderse y que, por el momento, han quedado fuera de la actuación emprendida.

⁶⁴ DO de 5 de agosto de 2010 C 212 E.

CAPITULO II

ANTECEDENTES: DE LOS PRIMEROS INTENTOS A LA FALLIDA PROPUESTA DE DECISIÓN MARCO DE 2004

1. EL *CORPUS IURIS* DE 1997 Y SUS SUCESIVAS VERSIONES

La preocupación de la Comisión del Parlamento por la necesidad de proteger adecuadamente los nuevos intereses financieros de la UE surgidos con el Tratado de Maastricht de 1992, se erige en la razón de ser del denominado *Corpus Iuris*. Efectivamente, la falta de protección penal en materias tales como la lucha contra el fraude, las subvenciones, los derechos aduaneros o el impuesto sobre el valor añadido, llevó al Parlamento a instar a la Comisión a que efectuase un estudio que analizase los diferentes sistemas penales de los EEMM para determinar las posibilidades de armonización, tanto del Derecho penal sustantivo como del Derecho procesal en el ámbito de la Unión.

La insuficiente protección de estos intereses a nivel de la Unión venía provocada por varios motivos: a) La ausencia de incriminaciones o la insuficiencia de éstas; b) las diferencias existentes en el tratamiento de la competencia territorial; c) las diferencias en el ámbito procesal, básicamente en materia de pruebas y competencia; d) las lagunas en materia de cooperación; e) las diferencias en cuanto a las sanciones y las penas y f) las lagunas en materia de ejecución transnacional de sanciones⁶⁵.

El estudio encargado por la Comisión fue realizado por un grupo de expertos juristas europeos⁶⁶, durante los años 1995 y 1996, concluyendo con su publicación en 1997. Se trató de un proyecto de mínimos, referido a un ámbito penal muy concreto, los

⁶⁵ VERVAELE, J.A.E., “El Ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho procesal penal europeo”, en AAVV, *Sistemas penales europeos*”, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 292-293.

⁶⁶ Bajo la dirección de la profesora Mireille DELMAS-MARTY. Entre el grupo de expertos se encontraba el catedrático y magistrado del Tribunal Supremo español D. Enrique Bacigalupo.

intereses financieros de la Unión, por lo que no puede considerarse como un proyecto general de Derecho penal ni procesal europeo. No obstante, su importancia a nivel académico y político fue muy considerable, planteando los principios rectores que habrían de regir la protección penal de los intereses financieros en la Unión.

Se trataba de un texto compuesto de 35 artículos de los cuales catorce se dedicaban a la regulación del procedimiento, del Ministerio público y del juez de garantías y otros cinco a las garantías del procedimiento y a los derechos humanos.

Pronto surgieron entre los EEMM dudas sobre la compatibilidad del *Corpus Iuris* con los Derechos internos. Por ello, el Parlamento⁶⁷, instó nuevamente a la Comisión a revisar el estudio y determinar la existencia o no de tal compatibilidad. Los expertos mejoraron el texto inicialmente presentado a fin de evitar posibles puntos de fricción entre éste y los Derechos internos. Esta revisión condujo a su segunda versión: el *Corpus Iuris* del año 2000. Las novedades más importantes afectaron al procedimiento penal, acogiendo tres principios fundamentales: 1) el principio de garantía jurisdiccional; 2) el principio de contradicción y 3) el principio de territorialidad europea. La fase de enjuiciamiento estaba presidida por el principio de contradicción, que se traducía en los principios de igualdad de partes y del derecho a la defensa.

Centrándonos ya en los derechos y garantías procesales que recogía el *Corpus Iuris* 2000⁶⁸ el artículo 29, bajo la rúbrica de derechos del acusado, establecía lo siguiente:

“1. Una persona no podrá ser oída como testigo, sino como acusada, a partir de todo acto que constate, denuncie o revele la existencia de indicios graves y consistentes de culpabilidad en su contra y a más tardar a partir del primer

⁶⁷ Mediante resoluciones de 12 de junio y 22 de octubre de 1997.

⁶⁸ El texto completo así como el prefacio al mismo del profesor VERVAELE (codirector de esta segunda tanda de trabajos junto a la profesora DELMAS-MARTY) puede consultarse, en español, en “La aplicación del Corpus Iuris en los Estados Miembros. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea” Traducción de la profesora M. L. SILVA CASTAÑO, <http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf> fecha de consulta: 1 de julio de 2015.

interrogatorio efectuado por la autoridad que conozca la existencia de tales indicios.

2. Durante toda la duración del procedimiento abierto por una de las infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8), el acusado disfrutará de los derechos de defensa de acuerdo con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 10 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Antes de cualquier interrogatorio el acusado debe ser informado de su derecho a guardar silencio.

3. Antes del primer interrogatorio y en todo caso, en ese momento, el acusado tendrá el derecho de conocer el contenido de los cargos que existen contra él”.

En el *Corpus Iuris* se recogen por primera vez, en un texto con vocación de armonizar el derecho penal y procesal penal a nivel de toda la Unión, los derechos de defensa, a guardar secreto y a la información de los cargos que pesan sobre él (artículo 29) así como el momento a partir del cual han de ser efectivos. Además, se recoge el derecho a la presunción de inocencia (artículo 31). La doctrina también, al amparo del artículo 31-e TUE (versión Ámsterdam) entendía posible la elaboración de un Código Penal europeo limitado a la criminalidad grave y a los grandes principios generales⁶⁹

No obstante, si bien el Parlamento europeo se mostró favorable a las propuestas que contenía el *Corpus Iuris* y pidió a la Comisión que fueran llevadas a la futura conferencia intergubernamental a celebrar en Niza en diciembre de 2000, la propuesta así presentada no fue finalmente acogida por los Jefes de Estado o de Gobierno, recelosos de ceder competencias en materias tan íntimamente vinculadas su soberanía.

Sin embargo, pese a no ser aceptada, el *Corpus Iuris* cumplió la importante función de hacer surgir un debate público sobre el papel del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal en la integración europea, intentando determinar cuáles eran los intereses europeos merecedores de protección penal y cómo podría organizarse esa protección⁷⁰.

⁶⁹ PRADEL, J. “Vías para la creación de un espacio judicial europeo” (Traducción de RICHART, A.), *Revista Penal, Universidad de Huelva*, núm. 3, 1999, p. 48. Concretamente aludía a la posibilidad de elaboración de un Código Penal europeo compuesto de dos partes: una casi federal, que establecería algunas infracciones graves (fraude, corrupción, terrorismo) y otra que recogería los grandes principios desde una perspectiva general, lo que dejaría a los Estados un margen de maniobra.

⁷⁰ DELMAS-MARTY M. y VERVAELE, J.A.E, (Edición a cargo de BACIGALUPO, E., SILVA CASTAÑO, M.L.) *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: Un modelo para la protección de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 15.

Quizás tras la clarificación de las competencias en materia penal por el Tratado de Lisboa sería un buen momento para recuperar la idea del *Corpus Iuris*⁷¹ pensado en su día para la protección penal y procesal penal de los intereses financieros de la Unión, que podría extenderse a otros delitos, sobre los que los Tratados atribuyen competencia a la UE para dictar normas, conforme a los artículos 82 y 83 TFUE.

2. EL CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE DE 1999 Y EL PROGRAMA DE MEDIDAS PARA PONER EN MARCHA EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PENAL

2.1. Previo: el camino hasta Tampere

Con el TUE (Tratado de Maastricht de 1992) se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europeo. Así, partiendo del objetivo primario de creación de un mercado único con miras a la consecución de la unión económica y monetaria (primer pilar de la UE) se sumaron dos nuevos ámbitos de naturaleza política en los que podía intervenir la UE: la política exterior y de seguridad común (segundo pilar) y los asuntos de justicia e interior (tercer pilar)⁷².

Pese a las críticas de que fue objeto el Tratado de Maastricht, en particular por la no comunitarización de los pilares segundo y tercero, supuso, sin duda, un avance esencial frente a la situación existente hasta el momento en el proceso de construcción europea: "...Maastricht no puede ser considerado como una reforma de los tratados de Roma, sino como una superación del marco estrictamente comunitario, estableciendo nuevas relaciones inéditas en el ámbito de la teoría del derecho y de la ciencia política entre el núcleo comunitario y el intergubernamental, que encuentran su razón de ser en

⁷¹ Un análisis, desde una perspectiva más actual, de las "virtudes" del *Corpus Iuris*, como modelo o instrumento desde el que replantearse el Derecho penal europeo como instrumento para su armonización progresiva, tanto en su aspecto sustantivo como procedimental puede verse en ESTUPIÑAN SILVA, R., "Corpus Iuris: reflexiones en torno a la posible armonización del derecho penal en Europa", *Revista electrónica Derecho Penal Online* <www.derechopenalonline.com>, 2011.

⁷² Con carácter general, sobre la evolución en las materias del tercer pilar *vid.* GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., "Espacio de seguridad, libertad y justicia" en *Derecho de la Unión Europea* (coord. SÁNCHEZ, V.M.), Huygens, Barcelona, 2010, pp. 257-264.

el marco de la Unión”⁷³. En particular, entre los objetivos de la Unión que señalaba el artículo B del TUE se encontraba “reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la creación de una ciudadanía de la Unión, desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior...”. El complejo entramado de los pilares gubernamentales y el escaso desarrollo efectivo de las políticas relativas a los asuntos de justicia e interior (JAI) hizo necesario redefinir este diseño institucional tendente a la comunitarización de estos pilares.

El propio Tratado de Maastricht, en su artículo N, preveía la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental (CIG, en lo sucesivo) que habría de examinar las posibilidades de modificación del Tratado, a celebrar a partir de marzo de 1996.

El Tratado de Ámsterdam de 1997, con el que culminaron los trabajos de la CIG de 1996, fue considerado un fracaso al no conseguir los necesarios acuerdos sobre las futuras ampliaciones de la UE hacia los países de Europa central y oriental y la consiguiente reestructuración y reparto de poder en sus instituciones. Sin embargo, en lo que se refiere a la consecución del ELSJ y las anteriores materias integradas en segundo pilar, el Tratado de Ámsterdam supuso un gran avance, consiguiéndose la *comunitarización* parcial del ELSJ, lo que fue calificado como uno de los grandes éxitos del Tratado de Ámsterdam⁷⁴.

Efectivamente, Ámsterdam reafirmaba su apuesta decidida por el ELSJy así el artículo B TUE pasó a recoger de forma expresa, como uno de los objetivos de la UE:

“...mantener y desarrollar la Unión como 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, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia...”.

⁷³ FONSECA MORILLO, F.J., y MARTIN BURGOS, J.A., “La Unión Europea: Génesis de Maastricht”, *RIE*, núm. 19, 1992, p. 561.

⁷⁴ ORDOÑEZ SOLIS, D., “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *REP*, núm. 119, 2003, p. 457.

El Consejo Europeo, reunido en Cardiff los días 15 y 16 de junio de 1998, instó al Consejo y a la Comisión a que presentasen en la próxima reunión del Consejo Europeo de Viena, un “plan de acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de una zona de libertad y de seguridad y justicia”. Con anterioridad, ya en la reunión informal celebrada en Pörschach los días 24 y 25 de octubre de 1998, los jefes de Estado o de gobierno ratificaron la importancia concedida a este asunto, acordando la celebración de un Consejo Europeo extraordinario en octubre de 1999 en Tampere.

El Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un ELSJ fue aprobado en el Consejo JAI de 3 de diciembre de 1998⁷⁵ y suscrito por el Consejo Europeo celebrado en Viena los días 11 y 12 de diciembre de 1998 (conclusión 83ª)⁷⁶.

Dentro de las medidas establecidas por el Plan de acción para el espacio de justicia y en particular, sobre la cooperación judicial en materia penal, se recogía la necesidad de avanzar en materia de garantías procesales, estableciendo que:

“Las normas de procedimiento deberían responder, en general, a las mismas garantías y garantizar así que la gente no reciba un trato distinto en función de la jurisdicción que trate el caso. En principio, esta aplicación de garantías procesales adecuadas y comparables está ya asegurada por la salvaguardias que proporciona el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y su interpretación dinámica por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular por lo que respecta a los derechos de la defensa en procedimientos penales. Parece útil, no obstante, complementar estos principios básicos con normas y códigos de prácticas idóneas en ámbitos de relevancia internacional y de interés común...” (apto. 19).

Vemos, pues, la importancia que se concede a los derechos y garantías procesales y a su necesaria homogeneización en este campo por todos los EEMM. Se reconoce que estos derechos y garantías existen –los recoge el CEDH– y son garantizados en última instancia por el TEDH, pero se destaca también la necesidad de que estos “principios básicos” sean completados para evitar que los ciudadanos

⁷⁵ DO núm. C 019, de 23 de enero de 1999, pp. 1-15.

⁷⁶ La totalidad de las conclusiones en: <http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm>

Europeos reciban un trato distinto en función de las jurisdicciones de los distintos países a que estén o puedan quedar sometidos.

2.2. El Consejo Europeo de Tampere de 1999

El Consejo, conforme a lo acordado en Pörschach en octubre de 1998, se reunió de forma extraordinaria en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 para tratar sobre la creación de un ELSJ, fijando los campos de actuación en los que se habría de avanzar con políticas comunes para la efectiva consecución del ELSJ. En particular y para la consecución de un auténtico Espacio Europeo de Justicia, debía actuarse sobre los siguientes campos: 1) mejor acceso a la justicia en el espacio de la UE; 2) reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en los ámbitos civil y penal y 3) mayor convergencia en Derecho civil.

El principio de reconocimiento mutuo se erigía así como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal. En particular se señalaba que “un mejor reconocimiento mutuo [...] y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales” (conclusión 33) y se establecían medidas concretas en materia civil y penal. Esta “protección judicial de los derechos individuales” habría de servir de base a futuras iniciativas para la regulación de los derechos y garantías procesales en el proceso penal.

Centrándonos en las medidas de naturaleza penal, hay una primera referencia indirecta a los derechos y garantías procesales al exigir el respeto al “principio de juicio justo” en los procedimientos de extradición que debían establecerse entre los distintos EEMM (Conclusión 35).

Finalmente, el Consejo Europeo encomendó al Consejo y a la Comisión la elaboración de un programa de medidas para llevar a la práctica el principio de reconocimiento mutuo, con las medidas mínimas de naturaleza procesal necesarias para ello. En concreto, señalaba que en dicho programa debía iniciarse también una labor en torno “...a los aspectos de Derecho procesal con respecto a los cuales se considera

necesario contar con normas mínimas para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros” (Conclusión 37).

En definitiva, se observa así como Tampere sienta las bases para la futura regulación de derechos y garantías procesales en el proceso penal desde la óptica del Derecho procesal, en tanto que instrumento para la aplicación plena por los Estados del principio de reconocimiento mutuo.

2.3. El Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal

Finalmente, con cierto retraso sobre las previsiones establecidas en Tampere, se publicó a principios del año 2001 el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal⁷⁷. Se trataba de un plan que recogía las materias sobre las que actuar para lograr, en último término, la plena aplicabilidad del principio de reconocimiento en el ámbito penal. Esta actuación se llevaría a cabo a través de una serie de medidas recogidas en el plan –en total veinticuatro–, presentándose finalmente catalogadas según en grado de prioridad –grados uno al seis– y según el orden en que habrían de ser presentadas. Efectivamente y como señala el preámbulo, el Programa “...recoge los distintos ámbitos en los que los Estados miembros deberían desplegar sus esfuerzos durante los próximos años para llegar a un reconocimiento mutuo progresivo de las resoluciones penales en la Unión Europea”.

En cada uno de los ámbitos de actuación⁷⁸ el reconocimiento mutuo dependía estrechamente –según el propio preámbulo– de la existencia y del contenido de determinados parámetros que condicionaban la eficacia de su ejercicio. Entre otros

⁷⁷ 2001/C 12/02, D.O., C21, de 15 de enero de 2001.

⁷⁸ Ámbitos de actuación: 1) la consideración de las resoluciones penales definitivas pronunciadas con anterioridad por el juez de otro EEMM; 2) la ejecución de las resoluciones previas a la sentencia; 3) las resoluciones condenatorias; 4) las resoluciones adoptadas en el marco de las medidas consecutivas a una condena penal y 5) un mecanismo de evolución continua para medir el grado de progreso por los EEMM de las medidas previstas en el Plan.

parámetros y por lo que interesa a los derechos y garantías procesales en los procesos penales, se fijaban los siguientes:

- a) Los mecanismos de protección de los derechos de terceros, de las víctimas y de las personas sospechosas (parámetro 3)y
- b) La definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo (parámetro 4).

Así, pues, los mecanismos de protección de las personas sospechosas en los procesos penales, no constituyen en sí mismos ni un ámbito de actuación, ni una medida específica de las enumeradas en el programa, sino que, a modo de ámbito transversal, se habrá de trabajar en ellas, con mayor o menor intensidad, para lograr en cada ámbito específico el éxito de las medidas propuestas. No obstante, el propio preámbulo del Programa establecía la posibilidad de regulación como medida autónoma de alguno de estos parámetros. Así, señalaba que “...la consideración de uno u otro parámetro podrá variar en función del objetivo perseguido de conseguir una aplicación más o menos ambiciosa del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales, a menos que sea necesario adoptar una medida autónoma que permita aplicar dicho parámetro a todas las medidas”. En consecuencia, era posible considerar el parámetro relativo a protección de los derechos de los sospechosos como una medida autónoma susceptible de una regulación específica, de modo que pudiera aplicarse con carácter general a todas las medidas propuestas por el Programa.

3. EL LIBRO VERDE DE 2001 SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS INTERESES FINANCIEROS COMUNITARIOS Y LA CREACIÓN DE UN FISCAL EUROPEO

La preocupación por la protección a escala comunitaria de los derechos individuales, incluidos, como no, los derechos y garantías procesales de los sospechosos en procesos penales, tuvo también su reflejo en el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, aprobado por la Comisión el 11 de diciembre de 2001⁷⁹.

⁷⁹ COM (2001) 715 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2001.

Avanzando en las ideas que habían sido apuntadas en el *Corpus Iuris*, la Comisión y el Parlamento proclamaron la necesidad de protección por el Derecho penal de los bienes jurídicos propios de la Unión (intereses financieros de la UE, moneda única, fraudes y corrupción interna) de los bienes jurídicos relativos a transnacionales del mercado interno, unión aduanera y políticas típicamente comunitarias, como competencia o medio ambiente) así como los bienes jurídicos puestos en peligro por la criminalidad transnacional. Para la construcción de este espacio judicial europeo la Comisión y el Parlamento reclamaban una Fiscalía Europea y unos jueces de garantías en los Estados para garantizar los derechos de defensa y las normas básicas del debido proceso⁸⁰. Por ello y conforme al Plan de Acción 2001-2003, para la protección de los intereses financieros de la Unión, la Comisión publicó este Libro Verde. En particular, a partir de la fase preparatoria del proceso, se decía lo siguiente:

“la realización por el Fiscal Europeo de actos que perjudiquen al acusado estará sujeta al principio de presunción de inocencia, así como al principio de procedimiento contradictorio. Este último supone, a efectos del Libro verde, el derecho de las partes y su abogado a acceder al expediente del Fiscal Europeo. También supone, por lo que se refiere más concretamente al acusado, el respeto de los derechos de defensa y en particular el derecho de la persona implicada a expresarse sobre los hechos que se le imputan” (apartado 6.2.1.1 del Libro Verde)⁸¹.

4. EL LIBRO VERDE SOBRE GARANTÍAS PROCESALES PARA SOSPECHOSOS E INCLUPADOS EN PROCESOS PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA DE 2003

4.1. Introducción

La Comisión era consciente de que el principio de confianza mutua -basado en la confianza que las autoridades judiciales de un Estado tienen en las de los otros-, pasaba por alcanzar una armonización siquiera mínima sobre las normas reguladoras de los derechos y garantías procesales de los sospechosos, acusados y condenados en los procesos penales seguidos en cualquiera de los EEMM.

⁸⁰ VERVAELE, J.A.E., “El Ministerio Fiscal europeo...”, ob. cit. pp. 306-307.

⁸¹ Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, aprobado por la Comisión, Bruselas 11 de diciembre de 2001, COM (2001) 715 final.

Así, partiendo del Programa de medidas del Consejo destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal⁸², se inicia una nueva etapa para la aproximación y armonización de estos derechos, buscando el dictado una serie de normas mínimas. Previamente a ello, era necesario conocer cuáles eran los ámbitos en los que se habría de actuar y el parecer de los Estados sobre esa pretendida regulación. La Comisión, con la información recabada al respecto, elaboró el Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea⁸³.

Sobre la base de este trabajo, la Comisión presentó posteriormente la Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea⁸⁴ que, tras tres años de negociaciones, fracasó, abandonándose el proyecto. La iniciativa de la Comisión contaba también con el apoyo decidido del Parlamento Europeo, cuyas propuestas iban, incluso, más allá que las propias de la Comisión pretendiendo una regulación de mayor amplitud.

4.2. Objetivos perseguidos por la Comisión con el Libro Verde

Los objetivos perseguidos con esta iniciativa eran, de un lado, incrementar el grado de armonización con el fin de reforzar en la práctica la confianza mutua y de otro, garantizar que esos derechos no fuesen “teóricos o ilusorios”, sino “prácticos y efectivos” (punto 1.7 del Libro Verde). Con la intervención a nivel europeo en estos derechos, se pretendía que no existiesen prácticas divergentes en su ejercicio y aplicación por los Estados, lo que necesariamente era un obstáculo a la plena efectividad del principio de reconocimiento mutuo. Con ello también se conseguiría reducir la elevada pendencia soportada por el TEDH, por violación de derechos y garantías procesales por parte de los Estados, los cuales “...tienen el deber de garantizar que sus sistemas nacionales de Justicia penal funcionen eficiente y equitativamente, de modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conserve su papel de jurisdicción de

⁸² 2001/C 12/02, *DO.* de 15 de enero de 2001.

⁸³ COM (2003) 75 final, Bruselas, 19 de febrero de 2003.

⁸⁴ COM (2004) 328 final, Bruselas, 28 de abril de 2004.

última instancia y no se vea inundado con tantas demandas que se dificulte su funcionamiento” (apartado 1.13).

Por el contrario, no se pretendía la creación de nuevos derechos para sospechosos y acusados. Tales derechos ya estaban reconocidos a todos los ciudadanos de la Unión, pues todos los Estados –los miembros en esa época y los candidatos- eran ya signatarios del CEDH en el que se recogían los derechos de naturaleza procesal aquí tratados, básicamente en los artículos 5 y 6 reguladores de los derechos a la libertad y la seguridad y a un proceso equitativo respectivamente. Ahora bien, había que determinar, de entre ellos, cuáles se consideran básicos y en consecuencia, objeto de medidas para su potenciación en la UE.

Igualmente el Libro Verde, como posteriormente haría el Proyecto de Directiva, recogía el *principio de no regresión*, en el entendido de que los resultados legislativos de ambas iniciativas en ningún caso podrían justificar una derogación o limitación de los derechos ya existentes en los Estados miembros, si las disposiciones internas de los mismos ya ofreciesen cotas de protección o garantía a los sospechosos o acusados superiores a las que serían dispensadas por las normas europeas⁸⁵.

4.3. Base jurídica

La base jurídica para que la Unión pudiese regular estos derechos y garantías se encontraba, según la Comisión, en los artículos 31 y 33 de TUE, en su redacción entonces vigente. Conforme a ellos la acción común sobre cooperación judicial en materia penal debía incluir la facilitación y aceleración de la cooperación entre autoridades judiciales en relación con las causas y ejecución de resoluciones. Además, debía conseguir la compatibilidad de las normas aplicadas por los Estados en la medida necesaria para mejorar tal cooperación, todo ello sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumbían a los Estados en materias de mantenimiento de orden público y salvaguarda de la seguridad interior.

⁸⁵ Punto 1.7 del Libro Verde y artículo 17 del proyecto de Decisión marco.

Pues bien, entendía la Comisión que una forma de garantizar la compatibilidad entre las normas a aplicar por los Estados miembros para mejorar la cooperación judicial penal era incrementar la compatibilidad entre las normas procesales –incluidos aquí los derechos y garantías de los sospechosos y acusados-, y que tal medida sólo podía alcanzarse mediante una intervención a nivel de toda la UE –principio de subsidiariedad- (apartado 1.12). Mantenía la Comisión que sólo la actuación a nivel de toda la UE podía garantizar que se alcanzase en todo su territorio unas normas comunes sobre estas garantías procesales⁸⁶. Recordemos que, conforme al principio de subsidiariedad las instituciones europeas solo han de actuar cuando ello sea más eficaz para alcanzar los objetivos de la Unión que mediante una actuación a otros niveles (estatales, regionales o locales).

También se justificaba esta regulación por parte de la Comisión en la “neutralidad” de las normas y medidas que se adopten pues no estarían influidas por una tradición jurídica particular, nacional o de un área geográfica concreta (apartado 1.10 del Libro Verde). Frente a esta pretendida neutralidad se señalaba que cualquier propuesta en esta materia que presentase la Comisión tendría en cuenta las especialidades nacionales (apartado 1.12 del Libro Verde). Ello parece una contradicción pues si las especialidades nacionales iban a ser tenidas en cuenta, necesariamente el instrumento final estaría influido por ese Ordenamiento o, por diversos Ordenamientos, pudiendo, incluso, con ello dificultar la necesaria coherencia de la regulación resultante.

Igualmente la Comisión acudía a la CDFUE, que si bien entonces no tenía reconocido el carácter de norma jurídicamente vinculante para los Estados que tiene actualmente, sí debía ser también tenida en cuenta por éstos, en la medida en que recogía principios jurídicos comunes a todos los EEMM, entre ellos el derecho a un juicio justo, siendo una manifestación del mismo los derechos y garantías procesales que la Carta recogía.

⁸⁶ Recordemos que, conforme al principio de subsidiariedad, las instituciones europeas solo han de actuar cuando ello sea más eficaz para alcanzar los objetivos de la Unión que una actuación a otros niveles (estatales, regionales o locales).

4.4. Ámbitos subjetivo y objetivo

El Libro Verde estableció que los derechos y garantías procesales, cuyo ejercicio se pretendía regular, serían de aplicación tanto a los ciudadanos europeos, como a las personas extranjeras (de terceros países) que se encontrasen incurso en algún procedimiento penal seguido en cualquiera de los EEMM.

Pese al elenco de derechos que la Comisión sometió a la consideración de los Estados y de todos aquellos particulares e instituciones que quisieron dar su opinión, no todos ellos fueron objeto de análisis en el Libro Verde. Así la Comisión interesó comentarios específicamente sobre los siguientes derechos y garantías: 1) derecho a la presunción de inocencia; 2) derecho a informar a alguna persona de la detención; 3) derecho al asesoramiento y asistencia por abogado; 4) derecho a intérprete y/o traductor competente y cualificado; 5) derecho a fianza (libertad provisional); 6) derecho a no declarar en su contra; 7) imparcialidad en la obtención y práctica de pruebas; 8) derecho a la revisión de las resoluciones y/o a los procedimientos de recurso; 9) garantías específicas referidas a la detención previa o posterior a la sentencia; 10) *non bis in idem*; 11) procedimientos en rebeldía y 12) implantación a nivel europeo de una “Carta de Derechos”.

A la vista de la información obtenida, la Comisión concluyó que era necesaria la acción de la UE y determinó los ámbitos en los que se debía actuar de forma inmediata, que se concretaban en: 1) derecho de acceso a la representación por abogado defensor, tanto antes como durante el juicio; 2) derecho de acceso a la interpretación y a la traducción; 3) derecho del sospechoso a ser informado de sus derechos; 4) garantía de una protección adecuada a sospechosos e inculpados vulnerables y 5) asistencia consular a detenidos extranjeros. Igualmente, y a la vista de la buena acogida de la propuesta sobre una Carta de Derechos, decidió incluir ésta entre las propuestas a formular por el Libro Verde.

La Comisión dejó fuera de las propuestas del Libro Verde las relativas a determinados derechos y garantías, por diferentes motivos. Así, no fueron objeto de

propuestas los derechos relativos a la fianza y el derecho a la imparcialidad en la práctica de pruebas, así como el principio *non bis in idem* por ser objeto, cada uno de ellos, de análisis y tratamiento específico y diferenciado del resto de derechos y garantías. Igualmente quedaron fuera de las propuestas las relativas a los procesos en rebeldía al estimarse que no era una cuestión prioritaria, posponiendo su análisis para más adelante.

4.5. Método de trabajo para la elaboración del Libro Verde

La Comisión necesitaba conocer qué derechos eran protegidos en ese momento por las distintas legislaciones de los Estados y cuáles se consideran por los expertos esenciales para garantizar el derecho fundamental a un juicio imparcial. El método de trabajo empleado para recabar la información necesaria fue la consulta, tanto a partes interesadas como a expertos, a través de distintos instrumentos.

Efectivamente, uno de estos instrumentos fue la consulta abierta llevada cabo, durante los meses de enero y febrero de 2002, a través del sitio web de la Comisión para las materias de justicia y asuntos de interior⁸⁷. Otra vía de recepción de información fue a través de cuestionarios normalizados remitidos a los distintos gobiernos para conocer las características de los distintos sistemas jurídicos penales.

Con la información recibida, la Comisión elaboró un primer documento preparatorio de la posterior reunión de expertos, fijando ya, en primer lugar, los derechos prioritarios que se habrían de recoger: el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la traducción e interpretación. En segundo lugar, se acordó incluir la propuesta de elaboración de una “carta de derechos” en la que se recogerían los derechos y garantías de que gozarían las personas incurso en un procedimiento penal, y que le sería entregada para el mejor conocimiento de estos derechos. En tercer lugar se decidió la inclusión de los extranjeros entre las categorías de personas consideradas sospechosos vulnerables. Por último, y también en relación con los

⁸⁷ Por esta vía recibió más de cien contribuciones de diversa procedencia: ministerios, organizaciones no gubernamentales, profesionales, particulares, etc.

extranjeros, la Comisión decidió que el derecho a la asistencia consular, reconocido en otros instrumentos internacionales, igualmente se recogería en el Libro Verde.

Sobre la base de este documento preparatorio se celebró la “reunión de expertos”⁸⁸ tras la cual, y a la vista de sus aportaciones, la Comisión elaboró el Libro Verde en el que justificaba la necesidad de la regulación de estas garantías, concretaba los derechos básicos sobre los que se habría de actuar y apuntaba las obligaciones que habrían de observar los Estados miembros en orden a verificar la observancia de estos derechos y garantías. Al propio tiempo formulaba una serie de preguntas –treinta y cinco en total-, e invitaba a emitir respuestas y comentarios a las mismas⁸⁹. La primera de ellas relativa la propia oportunidad de adoptar un instrumento sobre garantías procesales a nivel de toda la UE.

4.6. Medidas de cumplimiento y control

El Libro Verde preveía la necesidad de establecer mecanismos de control, seguimiento y evolución en el grado de cumplimiento de las normas mínimas que se establecerían sobre derechos y garantías procesales. Sólo de este modo sería posible elevar el nivel de confianza mutua entre los operadores jurídicos de los distintos Estados y con ello, el principio de confianza mutua –piedra angular de la cooperación judicial- sería plenamente eficaz. En particular, planteaba la necesidad de que los Estados presentasen a la Comisión informes y estadísticas de forma regular. La Comisión preveía también la posibilidad de recabar información sobre la situación de los derechos fundamentales tanto en los EEMM como a nivel de toda la Unión a un grupo de expertos independientes⁹⁰.

⁸⁸ La reunión tuvo lugar los días 7 y 8 de octubre de 2001 y participaron 50 expertos (profesionales, miembros del mundo académico y representantes de las organizaciones no gubernamentales).

⁸⁹ Las respuestas y sugerencias debían ser remitidas a la Comisión preferiblemente antes del 15 de mayo de 2003, siendo su intención convocar una reunión de trabajo sobre estos derechos y garantías a lo largo del año 2003.

⁹⁰ Este grupo de expertos podría ser la Red Independiente de Expertos en Derechos Fundamentales, designados por la Dirección General de Justicia e Interior para evaluar la aplicación de los derechos enunciados en la CDFUE.

En cuanto a los instrumentos para la obtención de esta información la Comisión optaba por los siguientes: 1) Las estadísticas que habrían de remitir los Estados con los datos necesarios para efectuar el seguimiento sobre el grado de cumplimiento de las normas mínimas establecidas y 2) Un sistema que permitiese recibir las denuncias por incumplimiento. En este sentido sería de gran utilidad que los Estados introdujesen la grabación en las diligencias policiales que se lleven a cabo con sospechosos y acusados; de este modo, sería más fácil evaluar el grado de cumplimiento por parte de los Estados en relación con el cumplimiento de las normas sobre derechos procesales.

En relación con las medidas de cumplimiento y control la Comisión formulaba preguntas (32 a 35) relativas a la propia necesidad de establecimiento de medidas de control como medida necesaria para alcanzar el perseguido aumento de la confianza mutua, a la información que deben proporcionar a la Comisión los Estados, a la eficacia de la grabación de los interrogatorios como instrumento para examinar el grado de cumplimiento por los Estados y la posibilidad de establecer sanciones a los Estados incumplidores.

La Comisión analizaba también la posibilidad de imponer sanciones a los Estados en caso de incumplimiento de las normas procesales mínimas que se acordasen. Efectivamente, tras recordar que el CEDH prevé medidas reparadoras en los casos de violación de Derechos Humanos –indemnizaciones-, y que el TUE prevé sanciones muy graves para los Estados en los casos de violaciones graves y persistentes de los valores en los que se fundamenta la UE –artículo 7 TUE-, planteaba la posibilidad de establecer algún tipo de sanciones en los supuestos en que los incumplimientos de los Estados no tengan la entidad suficiente para aplicar las sanciones previstas para los supuestos de violaciones graves y persistentes. Otras preguntas hacían referencia a la posibilidad de imponer sanciones a los Estados que incumpliesen la regulación finalmente resultante de estos derechos y garantías y su naturaleza (preguntas 8, 20, 27 y 31). Estas sanciones se impondrían al margen y con independencia de cualquier fallo condenatorio por parte del TEDH a los Estados infractores.

4.7. En particular, los derechos abordados por el Libro Verde

El Libro Verde, tras un breve repaso a las obligaciones para los Estados miembros derivadas de los tratados internacionales y disposiciones existentes en materia de derechos fundamentales procesales⁹¹, analiza, en concreto, la situación de cada uno de los derechos y garantías que son objeto de análisis en el mismo. Nos referimos a ellos a continuación.

En primer lugar se recoge el derecho a la asistencia letrada. El Libro Verde comenzaba recordando los instrumentos internacionales en los que está proclamado este derecho⁹², concluyendo que al tratarse de un derecho fundamental las propuestas a realizar no debían versar tanto sobre la existencia misma de este derecho –que no se cuestiona- sino sobre cuáles serían las mejores condiciones para su puesta en práctica. Y así se interrogaba sobre el momento en que se origina este derecho y su alcance, en particular sobre la admisibilidad o no de autodefensa, la libertad de elección del defensor, o su carácter gratuito en determinados supuestos. Seguidamente, se reconocía como destinatarios del derecho tanto a nacionales como extranjeros y la diversidad con la que los distintos ordenamientos nacionales regulan el ejercicio de este derecho, formulando, finalmente, las preguntas (2 a 8) sobre el modo en que habría de regularse.

Seguidamente, el Libro Verde se ocupaba del derecho a un intérprete y/o traductor competente y cualificado para que el acusado conozca los cargos que se dirigen contra él y comprenda el procedimiento. Igualmente hacía hincapié en que no se trataba de reconocer la existencia de este derecho –ya consagrado en el art. 6 CEDH-

⁹¹ Estos instrumentos internacionales son, en concreto el CEDH; la CDFUE (que, pese a no tener en esos momentos carácter vinculante, la Comisión entendía que resultaba también de aplicación al recoger principios generalmente reconocidos y derechos ya reconocidos en otros instrumentos); la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994 y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁹² Fundamentalmente en el artículo 6.3 CEDH establece que “*Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan...*”, El Libro Verde recuerda también la jurisprudencia del TJUE – entonces TJCE- en la que, si bien referido al procedimiento administrativo, para imposición de “penas” concluía que el derecho al asesoramiento jurídico debía ser respetado ya en la fase de investigación previa.

sino de determinar su puesta en marcha. También aquí se recogía la normativa internacional contenida en distintos instrumentos internacionales, estableciéndose los puntos para el debate formulándose las preguntas 9 a 20 relativas al nivel de intervención (en qué momento debe prestarse, gratuidad, extensión, etc.) y a los medios de intervención (formación y cualificación de los intérpretes y de los traductores o costes y contratación de los mismos).

El siguiente punto abordado por el Libro Verde era el relativo a la protección adecuada para los grupos especialmente vulnerables planteando, en primer lugar, los grupos o colectivos de personas que tendrían esta consideración, incluyendo, en una relación no agotadora a extranjeros, menores, analfabetos, personas vulnerables por sus circunstancias físicas, o por tener personas a su cargo, y personas dependientes del alcohol y de las drogas. Las preguntas 21 a 24 se centraban precisamente en determinar quiénes debían ser así considerados y sobre el momento en que ostentaba tal condición.

En cuanto a la asistencia consular, se recordaba que este derecho venía ya recogido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, si bien la Comisión estimaba que es un derecho insuficientemente conocido por los ciudadanos, por lo que muchos no se benefician de él. El debate y preguntas formuladas (25 a 27) giraban sobre el modo en que se ha de dar a conocer este derecho en el momento de la detención.

Partiendo de la importancia que para el derecho un juicio justo tiene que el sospechoso o acusado conozca plenamente los derechos que le asisten y la aceptación que en los cuestionarios previos tuvo la propuesta de creación de “la Carta de Derechos”, la Comisión planteaba el debate y las preguntas 28 a 31 relativas al contenido que habría de incluir la Carta, momento de su entrega y forma de acreditarlo.

La Comisión presentó el Libro Verde en febrero de 2003, recibiendo en las semanas posteriores diversas respuestas⁹³. Con base en este Libro Verde y las respuestas y observaciones efectuadas al mismo, la Comisión presentaría meses más tarde el Proyecto de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales celebrados en la Unión Europea⁹⁴, que nunca vería la luz como texto normativo ante la falta de acuerdo de los Estados, abandonándose el proyecto tres años después de su presentación.

5. LA PROPUESTA DE RECOMENDACIÓN DEL PARLAMENTO AL CONSEJO, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003

5.1. Génesis de la Propuesta

De forma paralela a los trabajos llevados a cabo por la Comisión para la elaboración y a la posterior presentación del Libro Verde, y pendiente la presentación por ésta del proyecto de Decisión marco, el Parlamento puso en marcha el procedimiento que habría de terminar en una propuesta de recomendación de éste al Consejo sobre normas mínimas en materia de garantías procesales para los sospechosos e inculpados, en lo que parecía un intento de no perder protagonismo en esta materia tan importante frente a los trabajos puestos ya en marcha por la Comisión.

Efectivamente, con fecha 30 de junio de 2003 el Parlamento presentó una propuesta de Recomendación para la apertura de un proceso de consulta sobre la obtención de unas normas mínimas comunes a todos los Estados miembros de garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea⁹⁵. En aquel momento, la UE mantenía el original modelo de pilares, perteneciendo la materia objeto de recomendación al tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal) de marcado carácter gubernamental, careciendo de competencias legislativas el Parlamento, si bien sí podía al amparo del artículo 49 de su Reglamento,

⁹³ Fueron 78 respuestas escritas y otras varias a través de otros medios como correos electrónicos y llamadas telefónicas, según señala la Comisión en la Exposición de Motivos del Proyecto de Decisión marco (apartado 17).

⁹⁴ COM (2004) 328 final Bruselas, 28 de abril de 2004. 2004/0113 (CNS)

⁹⁵ Documento de sesión del Parlamento Europeo, B5-0359/2003, de 30 de junio de 2003.

entonces vigente⁹⁶, formular recomendaciones al Consejo en materias pertenecientes al segundo y al tercer pilar.

Esta primera propuesta de recomendación no hacía mención alguna al Libro Verde de la Comisión –aunque sí se haría ya en la recomendación finalmente aprobada-, y se instaba al Consejo a considerar “...a través de la apertura de un proceso de consulta u otro medio conveniente, el examen de la necesidad y posibilidad de adoptar, de conformidad con la letra c) del artículo 31 del Tratado⁹⁷, alguna medida legislativa que sirva para aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en el ámbito de las garantías procesales para sospechosos e inculpados, con el objeto de incrementar la visibilidad y eficacia de dichas normas a nivel de la Unión y garantizar de esta forma en la práctica a los ciudadanos europeos y a los residentes el disfrute efectivo y en condiciones de igualdad de estos derechos humanos sin discriminación”.

La propuesta, fue remitida por el Presidente del Parlamento a la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores para su examen de fondo. Posteriormente se consultó la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior. El informe elaborado por la primera de estas Comisiones, con las consideraciones efectuadas por la segunda, fue objeto de debate y posterior aprobación por la Comisión LIBE el 21 de octubre de 2003⁹⁸. El informe se debatió por el pleno del Parlamento el día 5 de noviembre de 2003⁹⁹ y aprobado, por el procedimiento de lectura

⁹⁶ Artículo 49 del Reglamento: “Recomendaciones destinadas al Consejo. 1. Treinta y dos diputados como mínimo o un grupo político podrán presentar una propuesta de recomendación destinada al Consejo sobre las materias a que se refieren los Títulos V [disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común] y VI [disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal] del Tratado UE [...] 2. Estas propuestas se remitirán para examen a la comisión competente...”. Reglamento del Parlamento Europeo, 15ª edición (febrero de 2003), *DO* núm. L 061, de 05 de marzo de 2003.

⁹⁷ Conforme al artículo 31.1 TUE entonces vigente “La acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras [...] c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación...”. Versión consolidada TUE D.O. C 321 de 29 de diciembre de 2006.

⁹⁸ El *iter* parlamentario de la propuesta hasta su aprobación final y los informes de ambas comisiones, así como la opinión minoritaria puede consultarse en el Documento de sesión del Parlamento A5-031/2003 final, de 23 de octubre de 2003.

⁹⁹ Las intervenciones de los parlamentarios representantes de los distintos grupos y del Comisario António Vitorino, entonces Comisario de Justicia y Asuntos de interior pueden consultarse en: <<http://www.europarl.europa.eu>>

única, al día siguiente, por una amplia mayoría¹⁰⁰. Esta propuesta ya contenía referencias concretas a los trabajos que estaba llevando la comisión en este campo.

5.2. Estructura y contenido de la propuesta

La Recomendación se dividía en 27 apartados. En el primero de ellos se estimaba oportuna y necesaria la iniciativa de la Comisión de presentar una propuesta de Decisión marco sobre garantías procesales de los inculcados. Ello serviría “...para reforzar la confianza y la fe del público, de las autoridades judiciales y de los justiciables de cada Estado miembro en los diferentes sistemas judiciales de los restantes Estados miembros...” (apartado 2º).

El Parlamento abogaba también porque la futura Decisión marco incluyese una cláusula de no regresión para evitar que los Estados con mayores niveles de protección que los mínimos comunes a establecer, tuviesen la tentación de reducir el nivel de protección que viniesen ya dispensando (apartado 3º).

5.2.1. Derecho a la defensa por abogado

Los apartados 4º al 7º se ocupaban del derecho a la defensa por abogado de todo sospechoso o acusado y su carácter gratuito en el caso de que esta persona careciese de recursos económicos, considerándose un derecho irrenunciable en todas las fases del procedimiento. Manifestaciones de este derecho eran la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y defendido, la presencia de aquél en todos los interrogatorios y a la presentación de pruebas exculpatorias. Los Estados velarían por la prestación del servicio por profesionales expertos y cualificados. Se interesaba también la fijación de las condiciones y requisitos para el acceso a la asistencia jurídica gratuita que en relación con los extranjeros se habría de dar por supuesta desde el primer momento, sin perjuicio de posteriores ajustes. Además, deberían fijarse positivamente aquellos supuestos que permitiesen el ejercicio del derecho de asistencia jurídica

¹⁰⁰ Por 410 votos a favor, 67 en contra y 4 abstenciones.

gratuita¹⁰¹ proponiendo la consideración de nulos de pleno derecho tales actos si el Estado no hubiese proporcionado el derecho a la defensa por abogado.

5.2.2. Derechos a la traducción y a la interpretación

A continuación se abordaban los derechos a la traducción y a la interpretación (apartados 8º a 11º). En primer lugar, entendía el Parlamento que determinar si una persona conoce suficientemente la lengua del procedimiento para defenderse por sí misma es algo que no podía objetivarse, debiendo determinarse caso a caso por la autoridad o funcionario actuante y que, en último término, correspondía al juez que presidiese el acto de juicio asegurar la correcta comprensión por todas las partes.

En cuanto al alcance del derecho a la asistencia de intérprete debería extenderse “a todos los procedimientos orales desde el primer interrogatorio”, y cuando existiesen intereses contrapuestos pudieran ser necesarios dos intérpretes o, en su caso, dos traductores. En cuanto a la traducción de documentos, el Parlamento, con gran amplitud, consideraba que deberían traducirse “todos aquellos documentos que el inculcado debe comprender para que el juicio sea imparcial y cuya consulta sea útil para la defensa del acusado”, señalando específicamente una serie de ellos: el atestado policial, las declaraciones de los denunciantes, de los testigos y de los sospechosos o acusados, así como la acusación del Fiscal y demás partes acusadoras, y la resolución judicial que acordase la imputación.

Los servicios de traducción e interpretación deberían ser gratuitos, debiendo los Estados establecer un Registro de traductores y otro de intérpretes jurados implantando, al propio tiempo, un sistema de “acreditación nacional” para estos profesionales que garantizase la adecuada formación técnica para actuar ante los tribunales de justicia (conocimiento de los procedimientos judiciales y de la terminología propias en este ámbito). Igualmente, los profesionales (jueces, policías, abogados, etc.) debían recibir cursos sobre la forma de trabajar con traductores e intérpretes.

¹⁰¹ En todo caso, aquellas que entrañasen riesgo de pena privativa de libertad, de pérdida de empleo o de medios de subsistencia.

5.2.3. Personas especialmente vulnerables

Consideraba el Parlamento en su resolución que las personas especialmente vulnerables debían ser también objeto de especial protección (apartados 12 y 13) haciendo hincapié en los menores, pero también, en general, en aquellas personas que pudieran ser más vulnerables en atención a su edad, enfermedad, deficiencias físicas o psíquicas o analfabetismo. Las autoridades policiales y judiciales serían las competentes para advertir la existencia de esta posible vulnerabilidad, lo que debería ser tenido en cuenta en las actuaciones que llevasen a cabo. La ausencia de valoración y comunicación de esta circunstancia podría acarrear la nulidad de actuaciones posteriores. Para esta valoración debía preverse la intervención de un psiquiatra, así como asistencia médica general para todos aquellos que puedan encontrarse en un estado de salud precario.

5.2.4. Derechos de comunicación con la autoridad consular

El siguiente derecho del que se ocupaba el Parlamento era el derecho del detenido a comunicar con su representante consular o con una organización apropiada (apartados 14 y 15) que se traducía en la obligación para las autoridades policiales, judiciales y penitenciarias del Estado en que se había producido la detención o acusación, de informar de inmediato sobre este derecho. Asimismo, las autoridades consulares vendrían obligadas a velar por los derechos de sus nacionales cuando fuesen acusados o detenidos en un país extranjero. Se recordaba que este derecho ya estaba recogido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares por lo que la actuación de la UE y los EEMM había de encaminarse a reformar esta protección, haciéndola más eficaz mediante campañas de información o por denuncias en los casos de incumplimientos.

5.2.5. La Carta de Derechos

La Propuesta del Parlamento alcanzaba también a la “Carta de Derechos” (apartados 16 y 17) en la que, de forma escrita y modo comprensible, se recogerían

todos los derechos que una persona sospechosa o inculpada disfrutaba. La Carta sería entregada “tan pronto como ingresen en las dependencias policiales o entren en contacto con un funcionario policial por primera vez”. Estaría redactada en una lengua comprensible por el interesado, entregándose un ejemplar y firmando un acuse de recibo, debiendo documentarse en acta los supuestos de la negativa a firmar o la renuncia al derecho a recibirla. Esta Carta, en ningún caso sustituiría a la obligación de informar de otros derechos que le asisten –en especial a no declarar-, sino que se convierte en un complemento de la misma. Su falta de entrega supondría la nulidad de cualquier actuación posterior.

La Carta estaría dividida en dos partes: una general, común a todos los EEMM, en la que vendrían recogidos todos los derechos de los que el sospechoso o detenido goza y una parte especial, en la que “se ilustrarán las ventajas específicas ofrecidas por el Estado en el que se celebra el juicio”. Siempre, claro está, y por impedirlo la cláusula de no regresión, tales ventajas se traducirían en una mayor extensión de los derechos que, como mínimo, vendrían reconocidos a nivel de toda la UE.

5.3. Medidas de control o supervisión sobre el cumplimiento de las normas mínimas

El Parlamento entendía necesaria la existencia de mecanismos de control y supervisión sobre el grado de cumplimiento –aplicación práctica y eficaz- de las normas mínimas que se habrían de establecer, en el convencimiento de que ello reforzará la confianza mutua entre los Estados y sus autoridades (medidas 18 y 19). En este sentido, al igual que recogiese el Libro Verde de la Comisión, la propuesta del Parlamento preveía un doble control, de un lado la incorporación que los Estados harían a sus ordenamientos de las normas mínimas a establecer y de otro, un control sobre la aplicación efectiva de las disposiciones nacionales encargadas de transponer la normativa europea a través de organismos ya existentes, como la red independiente de expertos en derechos fundamentales y la presentación de informes periódicos, cada dos años y medio.

5.3.1. Alcance de la protección. Consecuencias de su inobservancia

Según el Parlamento, no bastaba la fijación de unos mínimos comunes a todos los ordenamientos de los EEMM, sino que esos mínimos habrían de corresponderse con lo que serían unos estándares superiores, una especie de media de los niveles de garantías ofrecidos por los Estados. En concreto, señalaba que “teniendo en cuenta que algunos Estados miembros garantizan niveles superiores a los ‘mínimos’ comunes, considera que es necesario que las garantías ‘mínimas’ europeas no sean simplemente las comunes a todos los ordenamientos de los Estados miembros, sino que se refieran a aquellas que [...] protejan o especifiquen los derechos fundamentales del inculcado a la luz de las tradiciones constitucionales de los distintos Estados” (apartado 26).

La inobservancia de los derechos y garantías procesales establecidos conllevaría –según el Parlamento– la nulidad de las actuaciones procesales así llevadas a cabo. Parecía poco realista por parte del Parlamento pretender que los Estados permitirían tal injerencia de la Unión en la regulación de su proceso penal, estableciendo una sanción tan grave en el proceso como la nulidad de actuaciones. Ciertamente aun cuando la intención del Parlamento fuese loable, no era realista en ese estado incipiente –tampoco sigue siéndolo ahora– de aproximación y armonización de normas procesales penales a nivel de toda la Unión.

5.3.2. Otras propuestas del Parlamento

El Parlamento lamentaba que el Proyecto de Decisión a presentar por la Comisión no se extendiese a otros derechos y garantías procesales, a la vez que instaba al Consejo y a la Comisión a que adoptasen propuestas sobre métodos de investigación, condiciones de detención y presión preventiva, admisibilidad de pruebas y el derecho a la fianza (apartado 21) y a que acelerase la investigación sobre las condiciones de los detenidos y de las cárceles en los Estados de la Unión que culminasen en una nueva Decisión marco sobre los derechos de los detenidos. Igualmente solicitaba la adopción de medidas tendentes a evitar la duración excesiva de los juicios en algunos EEMM, lo que suponía, según el Parlamento, “una violación grave y sistemática de los derechos fundamentales” (apartados 20 a 24).

6. LA PROPUESTA DE DECISIÓN MARCO DE 2004 RELATIVA A DETERMINADOS DERECHOS PROCESALES PENALES CELEBRADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

6.1. Objetivo perseguido por la propuesta

Tras la presentación del Libro Verde y subsiguientes trabajos preparatorios, la Comisión, finalmente, presentó al Consejo su propuesta de Decisión marco “relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea”¹⁰². El texto constaba de 19 artículos y un anexo acompañado de una extensa exposición de motivos.

La exposición de motivos explicaba el camino seguido hasta llegar a la propuesta, los precedentes, y marco normativo en el que se sustentaba, así como la justificación de la elección de los derechos y garantías que, considerados básicos, eran objeto de regulación.

El objetivo de esta medida era, partiendo del CEDH, el establecimiento de unas normas mínimas comunes sobre determinados derechos procesales aplicables a los procesos penales celebrados en la Unión Europea (apartado 1.1 de la Exposición de Motivos), sin pretender duplicar las garantías ya previstas en los artículos 5 y 6 CEDH. Asimismo, se perseguía promover un nivel de cumplimiento homogéneo en todo el territorio de la Unión y para todos los individuos que, encontrándose en el mismo, se viesen inmersos en un proceso penal, como sospechosos o acusados (apartado 2.9).

No obstante, debemos anticipar ya que esta iniciativa, después de tres años de debates, nuevas propuestas y contrapropuestas por la Comisión y por las distintas presidencias del Consejo, así como por los propios Estados, fue abandonada al no alcanzarse los acuerdos suficientes entre los EEMM. El proyecto fue objeto de bloqueo por seis Estados. Pero esto era lo esperado, dadas las reticencias, los recelos e incluso

¹⁰² COM(2004) 328 final 2004/0113 (CNS), Bruselas, 28 de abril de 2004.

las claras negativas iniciales de algunos Estados manifestados ya en la elaboración del Libro Verde, que cuestionaban incluso la propia competencia de la Unión Europea para regular estos derechos.

6.2. La Decisión marco como contrapartida a otros instrumentos ya adoptados en materia de cooperación jurídica penal, en especial a la Orden europea de detención y entrega

El principio de reconocimiento mutuo fue erigido como piedra angular de la cooperación jurídica en materia civil y penal en el Consejo Europeo de Tampere de 1999. Es el medio para alcanzar un verdadero ELSJ en la UE. El primer instrumento normativo adoptado para conseguir este principio fue la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹⁰³. Se criticó la precipitación en la aprobación de este instrumento, acelerada por los atentados terroristas sufridos en 2001 y el deseo de los Estados de contar con un instrumento común para la lucha contra el terrorismo y otros delitos, evitando que los delincuentes pudieran eludir las leyes de un país refugiándose en otros. Sin embargo, la aprobación de este instrumento –sin duda un logro para la lucha contra la criminalidad- no llevó aparejada -ni en el mismo, ni en otro instrumento diferente- la regulación de los derechos y garantías procesales que habrían de observar los Estados en relación con la persona sospechosa objeto de detención y entrega en virtud de esta Decisión marco. En definitiva, los derechos fundamentales de naturaleza procesal que debían observar por los Estados no merecieron la atención de los Estados.

La doctrina criticó este proceder por el uso político que se hizo del Derecho penal. Daba la impresión –según VORMBAUM-, de que el Consejo Europeo se dejó llevar por la política de terror del momento debido a los ataques terroristas de 2001 y que usaba selectivamente el Derecho penal para realizar su política o, al menos, para presentarla así al público en general. En este entorno cobraba plena vigencia la tesis del “Derecho penal del enemigo” que formulara el penalista alemán GUNTER JAKBS, conforme a la cual el Derecho penal puede presentar dos formas distintas: un Derecho penal del ciudadano, que recoge todas las garantías comunes del Derecho penal y un

¹⁰³ (2002/584/JAI) DO L 190/1 de 18 de julio de 2002.

Derecho penal del enemigo, en el que o no existen estas garantías o están limitadas¹⁰⁴. Y esto es lo que ocurriría con la Decisión marco relativa a la orden de detención europea que, recogiendo unas medidas muy eficaces para luchar contra la delincuencia, olvidaba los derechos y garantías que habrían de respetarse en relación con los individuos objeto de detención.

En este contexto, en el que ya estaba en vigor y se aplicaba ODE, urgía la aprobación de un instrumento que, remediando las carencias de aquélla, recogiese los derechos y garantías penales de la persona sujeta a una ODE. Por ello, desde distintos y dispares ámbitos –Amnistía Internacional o el Parlamento europeo- se apoyaba la Propuesta de Decisión marco, aun cuando fuese considerada una norma reducida y limitada, reclamándose su aprobación. El propio Libro Verde ya señalaba lo necesario de este instrumento normativo, pues “...constituye la lógica contrapartida” a otras medidas ya adoptadas, tendentes a conseguir el reconocimiento mutuo, como la ODE¹⁰⁵.

6.3. Contenido del proyecto de Decisión marco

La propuesta de Decisión marco presentada inicialmente por la Comisión el 28 de abril de 2004, en la línea apuntada por el Libro Verde, recogía y regulaba los siguientes derechos y garantías procesales:

- a) Derecho a la asistencia de abogado (arts. 2 a 5);
- b) Derechos a la interpretación y a la traducción gratuitas (arts. 6 a 9);
- c) Derechos para la protección adecuada a personas especialmente vulnerables, entre otras, menores y extranjeros (arts. 10 y 11);
- d) Derecho a informar a determinadas personas de la detención y derecho a la asistencia consular, ya previsto en otras normas internacionales (arts. 12 y 13);
- e) Derecho a ser informado de los derechos que asisten al sospecho o acusado: la Carta de derechos (art. 14).

No era un catálogo cerrado de derechos, se trataba “de un primer paso”, previéndose otras medidas en los siguientes años. No se trataba –según la Comisión- de

¹⁰⁴ VARMBBAUM, M. “El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo”, *Revista Penal Universidad de Huelva*, núm. 19, 2007, p. 104.

¹⁰⁵ Libro Verde, punto 1.10. COM(2003) 75 final, Bruselas, 19 de febrero de 2003.

que esos cinco derechos fuesen más importantes que otros, sino los “más inmediatamente pertinentes para el reconocimiento mutuo...”¹⁰⁶.

Otro aspecto importante recogido en el Proyecto de Decisión marco era la cláusula de no regresión (art. 17) conforme a la cual cuando un Estado ofrezca, en relación con los derechos y garantías aquí regulados, un nivel de protección superior al recogido en la Decisión marco, no podría, amparándose en la misma, reducir ese nivel de protección. Por último, el Proyecto establecía también determinados deberes a los Estados en orden a facilitar datos y estadísticas que permitiesen llevar a cabo un control por parte de la Comisión sobre el grado efectivo de aplicación de las disposiciones de la Decisión marco por los Estados y sobre el número de personas afectadas (art. 16).

6.4. Ámbito de aplicación

La Propuesta de Decisión marco definía su ámbito de aplicación en el artículo 1. Destaca por su importancia el ámbito subjetivo, aplicándose no solo a ciudadanos de la UE, sino también “a cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito” incluidos, por tanto, los extranjeros que se encontrasen en territorio de la UE, y aun cuando no se precisase, con independencia de cuál fuese la situación legal o administrativa de éstos.

Los derechos y garantías reconocidos en la Decisión marco se aplicarían a estos individuos desde el momento en que por las autoridades competentes les comuniquen que son sospechosos de haber cometido un delito y hasta que se les juzgue, incluyéndose, por tanto, las actuaciones judiciales, pero también las prejudiciales de investigación a llevar a cabo por la Policía o el Ministerio Fiscal, en función de los distintos Ordenamientos europeos.

Finalmente, en cuanto a su ámbito objetivo, se extendería a todos los procesos celebrados en la UE destinados a determinar la culpabilidad o inocencia de una persona

¹⁰⁶ Apartado 25 de la Exposición de Motivos de la propuesta de Decisión marco.

sospechosa de haber cometido un delito y a los recursos derivados de esos procesos, incluidos los procedimientos relativos a la ODE.

6.5. El fracaso de las negociaciones. La presentación por la presidencia austriaca de una nueva propuesta “suavizada”

Durante las presidencias austriaca y finlandesa del año 2006 no se consiguieron avances para la obtención de un acuerdo sobre la propuesta de Decisión marco. Los Consejos de Ministros de junio y septiembre acordaron seguir analizando cuál debía ser la naturaleza jurídica de este instrumento. Además, en el Consejo JAI de 1 y 2 de junio de 2006 se acordó limitar el contenido objetivo de la Propuesta de Decisión marco a los derechos a ser informado, a la asistencia letrada, a la justicia gratuita y a la interpretación y traducción de los documentos del procedimiento, dando lugar a un nuevo texto, presentado por la presidencia austriaca, adelgazado o suavizado, respecto del inicial presentado por la Comisión en 2004.

Pese a la reducción del contenido de la Propuesta de Decisión marco, tampoco los Estados consiguieron ponerse de acuerdo. Determinados Estados se oponían a la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante, oponiéndose así a la armonización de su derecho procesal penal por carecer la Unión de base suficiente para ello, o por no estar de acuerdo con el contenido de la propuesta por ser excesivamente pormenorizada, e incluso por los elevados costes que su ejecución supondría, costes inherentes a la asistencia letrada durante todo el proceso y a la asistencia de intérprete y traducción de documentos¹⁰⁷.

Efectivamente, a medida que las negociaciones se iban desarrollando sobre la base del proyecto inicial presentado por la Comisión, las diferencias entre los distintos Estados iban surgiendo –algunas ya habían sido puestas de manifiesto en la información facilitada con ocasión del Libro verde-. Así, un grupo de Estados liderado por el Reino Unido presentó en abril de 2006 una proposición de Resolución que incluía medidas de

¹⁰⁷ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “El extranjero como sospechoso y víctima en el espacio judicial europeo”, en *Inmigración e integración: aspectos sociales y legales* (Coord. SALINAS DE FRIAS, A.), Sequitur, Madrid, 2008, pp. 260-296. También en <www.uma.es/investigadores>.

carácter práctico y de compromiso político entre los Estados, en lugar de un instrumento legislativo como el propuesto con la Decisión marco. Junto al Reino Unido defendían esta postura la República Checa, Irlanda, Malta, Chipre y Eslovaquia. Frente a ellos, otros Estados –la mayoría- proponían el mantenimiento de la propuesta de Decisión marco, con su carácter de norma jurídicamente vinculante para los Estados.

Ante esta situación de desacuerdo, la Presidencia austriaca presentó una nueva versión del proyecto de Decisión marco, con un contenido más reducido en cuanto a los derechos y garantías objeto de regulación, con un carácter mucho más general que el texto inicial. De este modo los grupos de trabajo preparatorios del Consejo continuarían trabajando sobre este nuevo texto como propuesta básica, junto al nuevo proyecto de Resolución de naturaleza política (cooperación gubernamental) propuesto por el grupo minoritario de Estados.

Así, se mantenía el derecho a la información, si bien, la Carta de Derechos que se preveía en el texto inicial se sustituía por un derecho de carácter general a la información efectiva, que se traducía en el deber de información sobre las razones de la detención y de los cargos, naturaleza y causa de la acusación y detalles relativos que asistían al detenido, en particular, cuando lo fuera a consecuencia de una ODE u otro procedimiento de entrega. La información debía incluir la relativa al derecho a la asistencia legal y a la traducción e interpretación gratuitas.

Este derecho de información que ya tenía carácter obligatorio y vinculante para los Estados, por disposición del artículo 6 CEDH, sin embargo no presentaba el mismo alcance en todos los EEMM. Efectivamente este derecho se reconocía a toda persona detenida, pero no en todos los Estados se facilitaba desde la fase inicial de una investigación –fase preprocesal- como proponía la Decisión marco, ni todos los Estados estaban de acuerdo en que ello fuese así.

En cuanto al derecho a la asistencia legal su disfrute ya venía amparado por el artículo 6 CEDH. Sin embargo, y conforme a la jurisprudencia del TEDH, al no tratarse

de un derecho carácter absoluto y general, algunos Estados cuestionaban que se extendiese también a los procedimientos para el cumplimiento de una ODE u otros procedimientos de extradición, así como a las fases previas al proceso (por ejemplo, detención policial) o su carácter gratuito para el sospecho en determinados supuestos. El contenido de este derecho en el proyecto inicial de 2004 era más extenso y debía garantizarse desde el momento mismo de la detención.

Finalmente, en cuanto a los derechos a la traducción e interpretación también la nueva propuesta austriaca reducía la extensión con la que habían sido formulados inicialmente. Así en relación con la traducción de documentos se extendía solo a aquellos necesarios para que el acusado entendiese la acusación formulada a fin de garantizar el derecho a un juicio justo, conforme a la jurisprudencia del TEDH, según la cual el derecho a la traducción de documentos no se extiende a todos los documentos que integran el procedimiento.

6.6. La Propuesta de Resolución Política del Reino Unido

Por su parte, el grupo de Estados liderados por Reino Unido presentó su propuesta de resolución de naturaleza policía y no legislativa, que buscaba el compromiso de los Estados para poner en marcha medidas que garanticen el justo proceso, con mención especial a los derechos de asistencia jurídica de carácter gratuito y a la interpretación¹⁰⁸.

La resolución llama a los Estados a cooperar para luchar contra las organizaciones criminales de forma efectiva en toda la Unión haciendo hincapié en la necesidad de cumplir con el CEDH, siendo conveniente la adopción de medidas prácticas para mantener y mejorar la observancia de ciertas normas mínimas. En particular llama a los Estados: 1) a promover el pleno cumplimiento de los artículos 5 y 6 del CEDH como han sido interpretados por la jurisprudencia del TEDH; 2) a

¹⁰⁸ El texto de esta propuesta puede consultarse, sólo en inglés, a través del buscador de documentos del Consejo de la Unión Europea: <http://consilium.europa.eu>, núm. de documento 13116/06 LIMITE DROIPEN 60, de 27 de septiembre de 2006 (núm. referencia ST 13116 2006 INIT), que recoge, respectivamente, como anexos I y II el texto de la Propuesta de Decisión Marco (versión aligerada) y el de la Propuesta de resolución política.

garantizar la difusión de su jurisprudencia; 3) a considerar una serie de medidas en concreto para facilitar la información referida a los derechos de asistencia jurídica y a la asistencia de traductores e intérpretes y 4) a la participación en mecanismos de control en la efectiva aplicación de estos derechos y garantías.

Junto a estos compromisos generales de naturaleza política la propuesta de Resolución preveía también concretas medidas en relación con los derechos a la información, a la asistencia legal y a la interpretación y como quiera que el grado de extensión de estos derechos era diferente entre los distintos Estados, proponía que la Comisión prestase ayuda financiera a aquellos Estados que ofrecían unos niveles más bajos para la adopción de medidas que extendiesen esos niveles de protección a cotas más altas.

6.7. Principales argumentos para el rechazo de la Propuesta de Decisión marco

La postura del Reino Unido frente a la propuesta de Decisión marco evolucionó desde un primer momento en que se había mostrado favorable a la misma, pasando después por la presentación de un proyecto de resolución de naturaleza política y no normativa, llegando, finalmente, al bloqueo de la propuesta, provocando, junto al resto de Estados que apoyaban su postura, su abandono definitivo por parte del Consejo en junio de 2007. Ambos textos requerían para su aprobación en el Consejo la unanimidad, y las posiciones de ambos grupos de Estados –defensores de la Decisión marco y defensores de la Resolución política- eran opuestas y resultaron irreconciliables.

Los principales argumentos ofrecidos por el Reino Unido para oponerse al Proyecto de Decisión marco, en su versión aligerada de 2006, fueron básicamente dos¹⁰⁹: a) la generalidad e imprecisión en los derechos regulados en el proyecto; y b) el riesgo de solapamiento de la Decisión marco con el CEDH. Efectivamente, en lo que parece una paradoja, si el primer proyecto de Decisión marco había sido criticado por

¹⁰⁹ La postura del Gobierno del Reino Unido se pone de manifiesto en los distintos informes de la Cámara de los Lores emitidos sobre la propuesta de Decisión marco, en los que se recogen los motivos de rechazo a la propuesta de Decisión marco así como la evolución del Reino Unido ante esta propuesta normativa. En particular el Segundo y Noveno Informe *EU Sub-Committee E-Justice Institutions and Consumer Protection*, que pueden consultarse en <www.parliament.uk>.

excesivamente detallista en la regulación de algunos de los derechos allí contenidos, ahora, tras el aligeramiento sufrido en la segunda propuesta presentada por la presidencia austriaca, la crítica lo era por la vaguedad e imprecisión de dicha regulación, que no debía prosperar ante el riesgo para los ciudadanos de incertidumbre legal en esta materia.

Por otra parte, ante el adelgazamiento de la propuesta de Decisión marco a una norma de mínimos, la misma devenía innecesaria según el Reino Unido, pues los ciudadanos de la UE ya estaban protegidos en cuanto a estos mínimos por el CEDH, mínimos que, por otra parte, y en ambos casos, habrían de ser completados y desarrollados por las distintas legislaciones de los EEMM y no por la legislación europea.

Esta doble protección conducía a la segunda causa de rechazo, el riesgo de solapamiento con el CEDH, al estar los mismos derechos y garantías procesales regulados en distintos instrumentos y con distinto alcance, yendo –según el Reino Unido- más allá la regulación de la Decisión marco que la contenida en el CEDH.

Además, seguía objetando el Reino Unido, por aplicación del principio *another layer, another player*, y dado que existirían dos regímenes paralelos de derechos, no sólo se generaría confusión, también provocaría un aumento de la litigiosidad y surgiría el riesgo de resoluciones contradictorias por parte de los tribunales llamados a garantizar estos derechos: el TEDH y el TJUE.

Igualmente fue cuestionada la competencia de la UE para legislar en materia de derechos y garantías en procesos penales puramente nacionales, entendiendo, por el contrario, que de existir tal competencia únicamente se extendería a asuntos transfronterizos. Al menos veintiún EEMM entendían que la competencia de la UE se extendía tanto a los procedimientos nacionales como a los transfronterizos. No así el resto, reacios a dejar en manos de la UE una competencia tan íntimamente ligada a ejercicio de su propia soberanía.

6.8. Alternativas al bloqueo y abandono de la propuesta

Para salir de la situación de punto muerto en que se encontraban los debates en el seno del Consejo, con dos textos diversos en su contenido y naturaleza jurídica –norma vinculante y resolución con valor meramente de recomendación- se plantearon varias posibles soluciones ninguna satisfactoria, así la reducción del ámbito de la Decisión marco a los procedimientos relativos a la ODE, o la posibilidad de que los EEMM pudieran limitar su ámbito de aplicación solo a los procedimientos de la ODE por un período máximo de tres años, extendiéndose después al resto de procedimientos penales, o incluso la posibilidad de coexistencia de dos decisiones marco, una para los procesos relativos a la ODE, y otra –general- para el resto de procesos penales y que sería adoptada mediante las reglas entonces previstas en el TUE para la cooperación reforzada¹¹⁰. Otra alternativa pasaba por alcanzar un acuerdo en torno a la Decisión marco, sin los Estados disidentes, a través del procedimiento especial de la “cooperación reforzada”, sin embargo, tampoco se encontró en consenso necesario para ello dentro del Consejo.

Finalmente, ante las posturas irreconciliables, se abandonó definitivamente esta propuesta legislativa, en el Consejo de la UE (JAI) celebrado en Luxemburgo los días 12 y 13 de junio de 2007, bajo la presidencia alemana. Pese al fracaso de este Proyecto, sin duda, constituye el precedente inmediato y directo de la nueva etapa surgida tras la Presidencia sueca, de ahí su importancia. Además, sirvió para poner de manifiesto las posiciones de los Estados en esta materia y las objeciones a su regulación, lo que permitió en trabajos posteriores, bien evitarlos, bien paliarlos en la medida de lo posible.

¹¹⁰ ARANGÜENA FANEGO, C., “La armonización de las garantías procesales de los sospechosos e imputados en los procesos penales en la Unión Europea: un fallido intento en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia” En AAVV, *Rigor Doctrinal y Práctica Forense, Liber Amicorum José Luis Vázquez Sotelo*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 136.

CAPITULO III

MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL. LA COMPETENCIA DE LA UNION EUROPEA PARA REGULAR DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES PENALES COMO MEDIO PARA ALCANZAR UN ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

1. MARCO JURÍDICO ACTUAL TRAS EL TRATADO DE LISBOA

1.1. El Consejo Europeo de Estocolmo de 2009 como punto de partida

La necesidad de alcanzar un alto grado de uniformidad en los derechos y garantías procesales penales para sospechosos y acusados en todos los EEMM ya había sido reclamada en el Consejo Europeo de Tampere de 1999¹¹¹. La uniformidad en estos derechos y garantías se constituía en herramienta necesaria para aumentar la confianza mutua entre las autoridades judiciales de los distintos Estados y de este modo, dar virtualidad al principio de reconocimiento mutuo, que se configuraba como piedra angular de la cooperación en materia penal en el ámbito de la UE. Esta idea fue reiterada en el Programa de la Haya de 2004¹¹².

En desarrollo de la Conclusiones de Tampere se llevaron a cabo distintos trabajos, quizás, el más significativo, la propuesta de Decisión marco de 2004 relativa a las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales, que finalmente no vio la luz por el bloqueo de distintos Estados.

Consecuencia de los fracasos apuntados y desde una óptica más realista, en el Consejo europeo de Estocolmo de 2009, con el que se puso fin a la presidencia rotatoria

¹¹¹ Conclusión 37. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) puede consultarse en: <<http://www.consilium.europa.eu>>

¹¹² Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. COM (2005) 184 final, Bruselas, 10 de mayo de 2005. Punto III, 3.3.1.

de Suecia, se abordó desde una perspectiva más modesta la ruta a seguir para la necesaria armonización de los derechos y garantías procesales de sospechosos y acusados. Éste se basaba en un proceso gradual de armonización de determinados derechos considerados fundamentales, y no de todos en conjunto, en un único texto normativo. La hoja de ruta así diseñada por la presidencia sueca fue aprobada por el Consejo Europeo mediante Resolución de 30 de noviembre de 2009, “Sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales”¹¹³.

La resolución por la que se aprueba el Plan recoge en su anexo una serie de medidas relativas a determinados derechos de naturaleza procesal que considera fundamentales, sin que constituyan un *numerus clausus*, estando abierto a otros que puedan proponerse. En concreto, se recogen las siguientes medidas: a) traducción e interpretación; b) información sobre derechos e información sobre los cargos; c) asesoramiento jurídico y justicia gratuita; d) comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; e) salvaguardas especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables y f) Libro verde sobre la detención provisional. Y como decíamos, queda abierto a otros ámbitos que puedan proponerse.

Este Plan de trabajo ha dado ya sus primeros resultados habiéndose aprobado los siguientes instrumentos:

- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales¹¹⁴, finalizando el plazo para transposición por los Estados miembros el 27 de octubre de 2013 (Medida A del Plan de Trabajo).
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales¹¹⁵, finalizando el plazo de transposición el 2 de junio de 2014 (Medida B del Plan de Trabajo).
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad¹¹⁶

¹¹³ DO de 4 de diciembre de 2009, C 295/01.

¹¹⁴ DO de 26 de octubre de 2010, L 280/1.

¹¹⁵ DO de 22 de mayo de 2012, L 142/1.

¹¹⁶ DO de 6 de noviembre de 2013, L 294/1.

finalizando el plazo de transposición el 27 de noviembre de 2016 (Medidas C y D del Plan de Trabajo, salvo lo relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita que será objeto de una propuesta de directiva separada, dada la especialidad y complejidad del tema).

Además la Comisión trabaja en nuevas propuestas en el campo de los derechos y garantías procesales. En particular el 27 de noviembre de 2013 presentó cinco nuevas medidas consistentes en tres propuestas de Directivas y dos recomendaciones:

- Propuesta de Directiva para reforzar la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal¹¹⁷.
- Propuesta de Directiva sobre salvaguardas especiales para los niños sospechosos o acusados de un delito¹¹⁸.
- Propuesta de Directiva sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita provisional para los ciudadanos sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea (Parte de la medida C del Plan de Trabajo)¹¹⁹.
- Recomendación sobre las garantías procesales para las personas vulnerables, sospechosas o acusadas en un proceso penal¹²⁰.
- Recomendación sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita para los sospechosos o acusados en los procesos penales¹²¹.

1.2. El Programa de Estocolmo. Instrumentos para su aplicación.

El programa de Estocolmo fijó para el período 2009-2014 las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa a desarrollar por la UE y los EEMM para reforzar el ELSJ. Entre las prioridades políticas establece “asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y de la integridad de la persona garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa” (apto. 1.1). El ciudadano pasa a ser el centro, el eje, en torno al cual han de ejecutarse todas las políticas en los ámbitos de libertad, seguridad y justicia en la UE. Efectivamente, el Programa de Estocolmo presenta una perspectiva eminentemente antropocéntrica, en el que el individuo se convierte en el centro de las acciones y políticas de la UE, como su

¹¹⁷ COM(2013) 821 final. Bruselas, 27 de noviembre de 2013.

¹¹⁸ COM(2013) 822 final. Bruselas, 27 de noviembre de 2013

¹¹⁹ COM(2013) 824 final. Bruselas, 27 de noviembre de 2013.

¹²⁰ 2013/C 378/02 *DO* de 24 de diciembre de 2013.

¹²¹ 2013/C 378/03 *DO* de 24 de diciembre de 2013.

motor y fin último¹²². En particular, entre los objetos en el ámbito justicia, se apunta la necesidad de seguir avanzando en el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales debiendo removerse los obstáculos que lo siguen entorpeciendo.

En cuanto a los instrumentos para la aplicación de los objetivos del Programa de Estocolmo se señalan los siguientes:

1.- El aumento de la confianza mutua. Como instrumento fundamental para alcanzar los objetivos propuestos para la consecución de un verdadero ELSJ en la UE se señala, en primer lugar, la confianza mutua. Al respecto se dice que “...la confianza mutua entre autoridades y servicios de los diversos Estados miembros y los responsables de la toma de decisiones es la base para una cooperación eficaz en este ámbito. Asegurar la confianza y encontrar nuevas maneras para aumentarla y para desarrollar la comprensión mutua entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros será por lo tanto uno de los principales retos para el futuro.” (apto. 1.2.1). La confianza mutua es esencial para el reconocimiento mutuo que se configura como la base, la piedra angular, en materia de cooperación judicial tanto civil como penal, si bien, en la medida que este principio ha encontrado un menor grado de implantación en materia penal, habrá que buscar fórmulas para su mayor expansión.

2.- Racionalización de las medidas legislativas. En este punto se pone de manifiesto el espectacular desarrollo legislativo en el ámbito libertad, seguridad y justicia que se ha llevado a cabo, si bien se subraya la falta de racionalización con la que se está efectuando. Así, para el futuro se pide que toda propuesta –además de respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad- vaya precedida de “...una minuciosa preparación, que incluya evaluaciones previas de impacto, que implique también la definición de necesidad y descripción de las consecuencias financieras [...]. Es fundamental evaluar las consecuencias de las nuevas iniciativas legislativas para las cuatro libertades y garantizar que dichas iniciativas sean totalmente compatibles con los

¹²² GARRIDO CARRILLO, F. J., y FAGGIANI V., “El Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en el proceso penal y el programa de Estocolmo: Hacia una Europa de la Ley y de los Derechos Fundamentales en el ELSJ”, comunicación presentada en *el Congreso sobre la Convergencia entre los procesos civil y penal, ¿Una buena dirección? Análisis comparado*, Girona, enero de 2012, <www.caepj.udg.edu> p. 11.

principios del mercado interior...”, subrayando los fallos existentes relativos a la superposición de normas y a cierta falta de coherencia entre ellas (apto. 1.2.3).

3.- Otros instrumentos. Pudiera parecer una obviedad pero el Consejo llama a los EEMM a que apliquen los instrumentos ya existentes, así como a acortar los plazos de respuesta que los Estados y las instituciones de la UE ofrecen ante las nuevas demandas de los ciudadanos (apto. 1.2.2), mayor coordinación interna entre las instituciones, organismos y agencias para lograr una mayor coherencia entre los elementos externo e interno del trabajo en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia UE (1.2.4); el establecimiento de mecanismos de evaluación por la Comisión y los EEMM sobre el grado de ejecución de las políticas en el ámbito libertad, seguridad y justicia, en especial, sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Esta evaluación ha de extenderse también a los instrumentos jurídicos adoptados por la UE (apto. 1.2.5). La formación de los profesionales que intervienen en la realización del ELSJ se configura también como un instrumento necesario para alcanzar un verdadero ELSJ en la UE. A tal fin deben promoverse cursos e intercambios y demás mecanismos de cooperación para alcanzar una verdadera cultura judicial y policial europea (apto. 1.2.6). Es necesario también mejorar por parte de las instituciones y los EEMM la política de comunicación en relación con los logros que se vayan alcanzando en los espacios de libertad seguridad y justicia, que los ciudadanos los conozcan y conozcan cómo beneficiarse de ellos (apto. 1.2.7). En estrecha vinculación con esto se establece la necesidad de abrir un diálogo con la sociedad civil para debatir sobre estas políticas (1.2.8). Finalmente, se recuerda que los instrumentos y políticas recogidas en el Programa han de ir acompañadas de las necesarias medidas financieras que, en algunos casos, pasarán por el uso más eficaz de los instrumentos y fondos ya existentes y en otros, habrán de diseñarse nuevos instrumentos financieros (apto. 1.2.9).

La prioridad fundamental que fija el Programa de Estocolmo es “...asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y de la integridad de la persona garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa...” (apto. 1.1). Por ello se establece como una prioridad fundamental que la UE se adhiera al CEDH pues, aunque todos los EEMM de la UE lo han suscrito, esta adhesión “...reforzará la obligación que incumbe a la Unión, incluidas sus instituciones, de asegurarse de que en

todos sus sectores de actividad se promuevan de forma activa los derechos y las libertades fundamentales...” (apto. 2.1).

Dentro del apartado que el Programa dedica a los derechos de los ciudadanos se recoge de forma expresa “los derechos de las personas en los procesos penales”. Nótese que no se incluye en el apartado dedicado al “espacio Justicia”, si bien también allí resultaría incardinable en la medida en que hay un llamamiento a la unificación de los derechos procesales penales como mecanismo para aumentar o potenciar el principio de reconocimiento mutuo, piedra angular de la cooperación judicial. El programa señala al respecto que “La protección de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales es un valor fundamental de la Unión, imprescindible para mantener la confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza del ciudadano en la Unión. El Consejo Europeo acoge por lo tanto con satisfacción la adopción por el Consejo del Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales que, cuando se aplique plenamente, reforzará los derechos de las personas en los procesos penales. Este Plan de trabajo formará parte en adelante del Programa de Estocolmo” (apto. 2.4).

Asimismo, el Consejo Europeo solicitó a la Comisión que presentase las propuestas previstas en el Plan de trabajo para su rápida aplicación y que estudiase la posibilidad de abordar la regulación mínima de otros derechos procesales de los sospechosos y acusados no recogidos en el Plan de trabajo.

En cuanto a las medidas específicas que el programa de Estocolmo recoge para el desarrollo del espacio justicia, entrando de lleno en el principio de reconocimiento mutuo, establece una serie de consideraciones sobre su importancia y campos de actuación para obtener una eficaz cooperación judicial basada en este principio, lo que se logrará con medidas que aumenten la confianza mutua y con medidas tendentes a aproximar las distintas legislaciones penales tanto en su aspecto sustantivo como procesal.

Observamos, pues, que la necesidad de abordar la regulación de las garantías procesales de los sospechosos o acusados es tratada desde una doble perspectiva: como

derecho fundamental y como medida tendente a armonizar el proceso penal, para así conseguir un aumento de confianza entre los operadores jurídicos de los distintos EEMM y con ello, el principio de reconocimiento mutuo. El punto de inflexión se produce con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y la nueva situación resultante en la UE en materia de derechos fundamentales, al adquirir la CDFUE el mismo rango vinculante que los Tratados, con lo que los valores allí plasmados pasan ya, sin lugar a dudas, a ser derechos concretos que han de ser observados y respetados por todas las instituciones europeas y por todos los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión, con matizaciones para Polonia y el Reino Unido, conforme al Protocolo adicional correspondiente, anejo a los Tratados.

El Parlamento Europeo en su informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE de 2009¹²³ señaló entre las cuestiones pendientes en esta materia que requerían medidas urgentes, estrategias a medio plazo y soluciones a largo plazo, entre otras: “la creación de un marco a escala de la UE sobre derechos procesales para los sospechosos en diligencias penales”, mostrando así, una vez más, su preocupación y a la vez, su apuesta, por avanzar en este campo.

1.3. El Plan de acción en desarrollo del programa de Estocolmo

Para dar efectividad al Programa de Estocolmo, el propio programa preveía ya la rápida creación de un plan de acción¹²⁴ a elaborar por la Comisión, que habría de adoptar el Consejo, en el que los objetivos y prioridades fijados en el Programa de Estocolmo se traducirían ya en acciones concretas a llevar a cabo, acompañado de un calendario para su adopción y aplicación. El Plan de trabajo presentado por la Comisión fue efectivamente asumido por el Consejo.

Entre los objetivos marcados en materia de protección de derechos fundamentales, tras proclamar que los derechos reconocidos en la CDFUE han de

¹²³ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2009) – aplicación efectiva tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, *DO C* 169 de 15 de junio de 2012.

¹²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, con el título “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo”. COM (2010) 171 final, Bruselas 20 de abril de 2010.

convertirse en el eje de todas las normativas y políticas de la Unión, señala el Plan en relación con los derechos de sospechosos y acusados que “La legislación debe garantizar un alto nivel de protección de los derechos de los acusados, en términos de equidad de los procedimientos. También se abordarán las condiciones de detención, incluidas las prisiones”.

Igualmente, en cuanto a la aproximación de la legislación procesal y sustantiva penal, tras destacar el nuevo marco surgido con el Tratado de Lisboa, advierte que “La administración de justicia no debe ser obstaculizada por diferencias injustificables entre los sistemas judiciales de los Estados miembros [...]. Es necesaria una sólida base procesal común europea”. En particular, las acciones que el Plan de desarrollo fija en materia de derechos del acusado en el proceso penal son las siguientes:

- Propuesta legislativa sobre la traducción y la interpretación que habría de llevarse a cabo en el año 2010 y que, al tiempo de la redacción del Plan de acción ya había sido adoptada.
- Propuesta legislativa sobre información sobre derechos e información sobre los cargos, también a adoptar a lo largo del año 2010.
- Propuesta legislativa sobre asesoramiento jurídico y justicia gratuita, estableciéndose en el calendario el año 2011 para su formulación.
- Propuesta legislativa relativa a una Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares, en este caso, se señalaba el año 2012.
- Propuesta legislativa sobre las salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables, que habría de presentarse en el año 2013.
- Libro Verde sobre la necesidad de abordar los elementos de los derechos procesales mínimos de las personas acusadas y sospechosas, distintos de los regulados por propuestas legislativas anteriores, para el año 2014.

La iniciativa en todas estas acciones se encomienda a la Comisión. No obstante, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa esta iniciativa es compartida con los Estados, que pueden, en número determinado, ejercitarla, sin esperar a que actúe la Comisión.

De forma diferenciada, pero consecutiva a las acciones en materia de derechos del acusado, el Plan de acción recoge las relativas al “internamiento” entendiendo aquí comprendidas las distintas formas de privación de libertad a las que puede verse

sometido el acusado o sospechoso en un proceso penal y cuya iniciativa también se atribuye a la Comisión. En concreto se establecen las siguientes acciones:

- Libro Verde sobre cuestiones de internamiento y su seguimiento necesario, a llevar cabo durante el año 2011.
- Informe sobre la aplicación de la Decisión marco 2008/909/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas de prisión o medidas de privación de libertad a efectos de su cumplimiento en la Unión Europea, que habrá de presentarse durante el año 2013.

También se establecen una serie de acciones tendentes a avanzar en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materias tanto de Derecho civil como penal; medidas para reforzar la confianza mutua relativas tanto a la mejora de los distintos instrumentos, como a su aplicación, y una serie de acciones para poner en marcha un conjunto de normas mínimas comunes tanto de naturaleza civil, como penal. Otros campos de actuación serían la prevención contra la delincuencia y la lucha contra sus formas más graves.

1.4. El Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales de 2009

1.4.1. Contexto en el que surge

Antes de que el Consejo Europeo celebrado en Estocolmo los días 10 y 11 de diciembre de 2009 aprobase las prioridades a seguir por la UE para el desarrollo del ELSJ en el período 2010-2014 (Programa de Estocolmo) y antes del Plan de Acción elaborado por la Comisión –asumido después por el Consejo- para dar efectividad al Programa de Estocolmo, ya el Consejo JAI reunido en Bruselas el 23 de octubre de 2009 había alcanzado importantes acuerdos para la regulación a nivel de toda la Unión de los derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados¹²⁵.

Tras el fracaso y abandono en el Consejo del 2007 del proyecto de Decisión marco de derechos y garantías procesales del año 2004, por primera vez, en el seno del Consejo, se alcanzaba un acuerdo sobre esta materia. Varias fueron las circunstancias

¹²⁵ Dando cuenta de ello puede consultarse el Comunicado de Prensa del Consejo de la Unión Europea (JAI) 14936/09 (Press 306) de 23 de octubre de 2009.

que permitieron, en ese momento sí, alcanzar un acuerdo sobre derechos y garantías procesales.

En primer lugar, sin duda, el cambio de marco normativo. Efectivamente desde el 1 de enero de 2009 estaban en vigor las nuevas disposiciones del TUE y TFUE introducidas en 2007 por el Tratado de Lisboa. Ello supuso que las objeciones que algunos Estados habían formulado sobre la falta de competencia de la Unión para regular esta materia desaparecieran, como veremos más adelante.

En segundo lugar, en cuanto a las objeciones formuladas por otros Estados – particularmente Reino Unido- en contra del carácter normativo de la propuesta de Decisión marco de 2004, proponiendo, en su lugar, una resolución de compromiso político, se veía en parte satisfecha, pues la resolución alcanzada que acompañaba al plan de trabajo propuesto, era una verdadera declaración de intenciones, un posicionamiento político a favor de la necesidad de reforzar estos derechos y garantías en la UE. Se aprobaba un plan de trabajo carente de valor normativo y se recogía el compromiso de colaboración con el Parlamento y con el Consejo de Europa. También se instaba a la Comisión a la presentación de propuestas sobre los campos de actuación que señalaba el plan de trabajo. Por otra parte, conviene recordar que tras el Tratado de Lisboa, y en políticas de justicia penal, el Reino Unido podía no vincularse y descolgarse de los instrumentos normativos que se aprobasen en las materias que antes integraban el tercer pilar (mecanismo *opt in, opt out*).

Efectivamente, como hemos apuntado, los acuerdos alcanzamos por el Consejo se plasmaron en tres importantes documentos:

1º Un plan de trabajo que fijaba los principales ámbitos en que resultan deseables iniciativas legislativas o de otro tipo. Junto a dicho plan, la Resolución que lo aprobaba conteniendo trece considerandos y cinco puntos, que constituían un verdadero compromiso político de avanzar en el reforzamiento de los derechos y garantías procesales en los procesos penales en el ámbito de la UE.

2º La primera propuesta normativa en desarrollo de ese plan, consistente en la propuesta de Decisión marco sobre los derechos a la traducción e interpretación, pendiente del informe del Parlamento europeo, a iniciativa de cinco EEMM.

3º Una Resolución, que acompañaba a la propuesta de Decisión marco anterior, destinada a favorecer su aplicación con indicación de buenas prácticas a observar para favorecer el ejercicio de estos derechos.

El plan de trabajo y el acuerdo para su aprobación se plasmó en la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, “Sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales”¹²⁶.

1.4.2. Ámbito de aplicación, características y contenido del Plan

Las medidas legislativas y de otra naturaleza que se adopten en desarrollo de este plan de trabajo se aplicarán a los sospechosos o acusados en los procesos penales en toda la UE. Al tal efecto la Resolución aclara que por proceso penal se entiende tanto la fase previa al juicio, como la fase procesal propiamente dicha (Considerando 1º).

El Plan de trabajo fija como punto de partida, en toda regulación que se haga del mismo, el CEDH y la regulación de los derechos y garantías procesales penales allí proclamados conforme han sido interpretados por el TEDH. El segundo eje sobre el que ha de versar las medidas adoptadas en su desarrollo es el principio de confianza mutua, en tanto que piedra angular de la cooperación en materia penal, instrumento necesario para alcanzar un verdadero espacio de justicia europeo. Finalmente, toda medida que se adopte está llamada a lograr un necesario equilibrio entre las medidas persecutorias que se hayan establecido o pueden establecerse y los derechos y garantías de las personas afectas por esas medidas.

Las principales notas que identifican al Plan son su carácter progresivo, flexible, abierto, realista y carente de valor normativo, en los siguientes términos:

1.- Progresivo. Señala la Resolución que aprueba el plan que, dada la importancia y complejidad de las materias a regular, resulta más conveniente abordarlas de manera gradual. Así, al regularse estos derechos de forma separada, podrá tratarse específicamente los problemas que puedan surgir en cada uno de ellos. Este planteamiento de actuación efectivamente resulta positivo, pues el bloqueo en las

¹²⁶ (2009/C 295/01) publicada en el DOUE de 4 de diciembre de 2009.

negociaciones que pudiera plantearse en relación con algún derecho o garantía concretos, no impedirá seguir los trabajos y aprobar aquellos otros sobre los que no exista controversia. Incluso el desacuerdo definitivo en alguno de ellos no frustrará totalmente el proyecto, pudiendo aprobarse las normas relativas a otros derechos. El Plan de acción en desarrollo del Programa de Estocolmo establecía unos plazos escalonados de presentación. Nos encontramos nuevamente en el proceso de construcción europea ante otra manifestación más de la denominada *técnica Monnet* del “paso a paso”. Esto es lo que efectivamente ha ocurrido, existiendo medidas que han sido objeto de desarrollo en distintas Directivas. Incluso en algunos casos –la asistencia jurídica gratuita de los imputados no detenidos-, ante la falta de consenso, la Comisión ha recurrido a la Recomendación. Pese a que este instrumento carece de eficacia jurídica vinculante para los EEMM, aquélla les marca las pautas ideales a seguir en esta materia, necesarias para conseguir la necesaria aproximación de ordenamientos jurídicos con los que aumentar la confianza entre las autoridades judiciales.

No obstante, este modo de proceder no está exento de riesgos. Así, pudiera ocurrir que este tratamiento aislado de los distintos derechos y garantías procesales se traduzca en una falta de coherencia entre dichas regulaciones¹²⁷. Este riesgo, no obstante, puede verse minimizado en la medida en que para la regulación de cada uno de ellos se parte, a modo de normas mínimas, del CEDH interpretado conforme a la jurisprudencia emanada del TEDH¹²⁸. La propia Resolución que aprueba el Plan advierte que, pese la regulación en ámbitos separados de estos derechos, debe hacerse “manteniendo una coherencia de conjunto” (Considerando 11º).

2.- Flexible. Tras las negativas experiencias anteriores, la flexibilidad durante las negociaciones en el seno del Consejo y de la Comisión, resultaba absolutamente necesaria. En efecto, una consecuencia de la regulación y tratamiento gradual y separado de los distintos derechos y garantías es que cada uno podrá ser objeto de mayor o menor dedicación, en función de la atención requerida, dedicándose los

¹²⁷ VALBUENA GONZÁLEZ, F., “Garantías procesales en la orden de detención europea”, en *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, JIMENO BULNES, M. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 220.

¹²⁸ En este sentido la Resolución por la que se aprueba el Plan establece que “Cualquier nuevo acto legislativo de la UE en este ámbito debería ser coherente con las normas mínimas establecidas por el Convenio, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (considerando 13).

mayores esfuerzos negociadores a aquéllos derechos en los que exista *a priori* menor grado de consenso. Con ello, se conseguirá tratar los problemas que puedan surgir “de forma tal que se dé a cada medida [A a F] un valor añadido” (Considerando 11º).

El Plan es flexible también en cuanto a la naturaleza de las medidas a adoptar, pues no solamente se prevé que en desarrollo del mismo puedan adoptarse medidas de tipo legislativo, sino también “de otra índole” (Apartado 1º de la Resolución). En este sentido, además de las Directivas se han dictado recomendaciones y se adoptan medidas tendentes a la formación de los operadores jurídicos en los campos que son objeto de actuación.

3.- Abierto. El Plan establece seis medidas relativas a derechos o garantías considerados prioritarios sobre los que se ha de actuar, pero no descarta la posibilidad de regulación por la Unión de otros derechos y garantías procesales (Considerando 12º), habiéndose presentado en 2013 un nuevo paquete de medidas por la Comisión para la futura regulación, con nuevos derechos y garantías procesales no incluidos inicialmente en el Plan de 2009, como el respeto a la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en un proceso penal, que el silencio del acusado no pueda ser utilizado en contra del mismo, o que la carga de la prueba pese siempre sobre la acusación.

4.- Realista. Tras el fracaso de la propuesta de Decisión marco de 2004, que pretendió inicialmente la regulación de una serie de derechos y garantías muy importantes, como la asistencia letrada al sospechoso o acusado (contando incluso de antemano con las reticencias de distintos Estados y que llevó a la Comisión no obstante, a lanzar la propuesta), el Plan de trabajo de 2009, partiendo de una concepción realista, que podría, incluso, calificarse de humilde, pues huye de todo intento de predeterminar el contenido y alcance de los derechos cuyo desarrollo se pretende, a diferencia del proyecto de 2004.

5.- Ausencia de valor normativo. Junto a cada una de las medidas se incluye una “breve explicación” que, como expresamente señala el anexo, “solo tienen por objeto dar una indicación de la acción propuesta y no tienen por objeto reglamentar por adelantado el alcance o contenido precisos de las medidas correspondientes”.

Sobre su contenido concreto, el Plan de trabajo, recogido como anexo a la Resolución del Consejo que lo aprueba, se divide en seis medidas (Medidas A a F). Cada una recoge una breve explicación de la acción propuesta. Son las siguientes:

- Medida A: Traducción e interpretación.
- Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos.
- Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita.
- Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares.
- Medida E: Salvaguardas especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables.
- Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional.

1.5. El Derecho originario: El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa

El marco normativo actual en el que surge y se está desarrollando el Plan de trabajo de 2009 es muy diferente a la existente durante la presentación y negociaciones del fracasado proyecto de Decisión marco de 2004, abandonado en 2007.

Tras el fallido proyecto de Constitución Europea y tras un período de reflexión, con la vuelta al sistema clásico de reforma de los tratados como medio para seguir avanzando en la integración europea, el nuevo impulso se produjo finalmente con el Tratado de Lisboa de 2007. Sin embargo, el proyecto de Constitución y las modificaciones que pretendía no cayeron en saco roto, siendo muchas de ellas, algunas muy importantes, recogidas por el Tratado de Lisboa. Precisamente, una de las materias más favorecidas en este avance en la construcción Europea fue la cooperación judicial en materia penal, como instrumento para alcanzar un verdadero ELSJ.

Efectivamente una de las novedades más significativas de Lisboa fue la supresión formal de la estructura de pilares y la comunitarización de las materias hasta entonces aún pertenecientes al tercer pilar (cooperación judicial en materia penal y cooperación policial). De este modo, la naturaleza marcadamente gubernativa en estas materias quedaba desplazada por los procedimientos legislativos y decisorios del entonces primer pilar (pilar comunitario), si bien se mantienen ciertas particularidades.

Igualmente, se extiende la jurisdicción del TJUE a todas materias relativas al ELSJ tras unos períodos de carencia.

No obstante, este avance en la comunitarización de la cooperación judicial penal no fue fácil. Algunos Estados reacios, o directamente en contra de ceder competencias en estos campos, consiguieron descolgarse de estos avances quedando al margen de los mismos, dado lugar a una heterogeneidad de sistemas gracias a una serie de mecanismos de excepciones: cláusulas *opt-in* y *opt-out*, o el conocido sistema de frenos de emergencia o freno-acelerador *-emergency brakes-*, recogidos en una serie de protocolos anexos al propio Tratado. Nos encontramos nuevamente ante una Europa a la carta o de una Europa a distintas velocidades, lo que se traduce, en definitiva en un mosaico de sistemas en diversas materias, entre ellas, la cooperación penal y derechos fundamentales y por ende, en la regulación de los derechos y garantías procesales de los acusados y sospechosos.

Efectivamente, con carácter general y tras el Tratado de Lisboa, nos encontramos, como señala el profesor FARAMIÑAN “en un juego de espejos rotos” en el que Europa “se refleja en innumerables fragmentos”, y tras el proyecto de Constitución europea “cuando parecía que el diseño se estaba acabando, se han vuelto a mover fichas (...) el resultado es que ahora nos encontramos otra vez con un juego que parece desarmarse y en cada pieza se refleja una Europa distinta”¹²⁹. Las consecuencias de todo ello e la existencia no solo de múltiples sistemas, sino de sistemas también a distintas velocidades y cambiantes, lo que determinará un sistema, en general para todas las materias del ELSJ y en particular para los derechos y garantías procesales, extremadamente complejo, disperso y jurídicamente fragmentado en exceso, lo que hará difícil, como apuntan CARRERA y GEYER, su propia eficacia y legitimidad en el que, desde luego, afectará al estatuto y garantías jurídicas del individuo¹³⁰

¹²⁹ DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M., “El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)”, *REEI*, núm. 17, 2009, pp. 16-17.

¹³⁰ CARRERA, S., GEYER, F., “El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 29, Madrid, enero/abril 2008, p. 160.

Manifestaciones, en concreto, de esta fragmentación las encontramos en la posibilidad de ejercicio de cláusulas *opt-in* y *opt-out*, por las que el Reino Unido e Irlanda, conforme a las facultades reconocidas en los artículos 1 y 2 del Protocolo núm. 21 anejo a los Tratados, no participan ni quedan vinculados por la Directiva que regula los derechos de asistencia letrada, información a un tercero de la detención y comunicación con terceros y autoridades consulares¹³¹ (*opt-out*). Por el contrario, en ejercicio de las facultades reconocidas en el artículo 3 del mismo Protocolo, ambos Estados sí han participado en la adopción quedando vinculados por las Directivas relativas a los derechos de traducción e interpretación¹³² y al derecho a la información en los procesos penales¹³³ (*opt-in*). Por Su parte, Dinamarca no participa en ninguna de las tres Directivas citadas¹³⁴, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo núm. 22 anejo a los Tratados sobre la posición de este Estado, entre otras políticas, a las relativas a los asuntos de justicia e interior¹³⁵.

Veamos con algo más de detalle las principales novedades introducidas por Lisboa con incidencia en la regulación de los derechos y garantías procesales de sospechosos y acusados en la UE:

1.- Desaparición de la estructura formal de pilares. El TFUE, resultante de la actualización del TCE, recoge en un único título V, bajo la rúbrica “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, las materias JAI (controles fronterizos, asilo e inmigración, cooperación judicial civil¹³⁶ y penal y cooperación policial). La supresión de la estructura de pilares supone la expansión del método comunitario sobre estas materias a la cooperación penal y policial, hasta ahora de marcado carácter gubernativo. No obstante, el poder de decisión de los Estados en esta materia, sigue siendo muy importante frente a las instituciones comunitarias, disponiendo de mecanismos como los

¹³¹ Considerando 58, Directiva 2013/48 UE, de 22 de octubre de 2013, *DO* de 6 de noviembre.

¹³² Considerando 35, Directiva 2010/64 UE, de 20 de octubre de 2010, *DO* de 26 de octubre.

¹³³ Considerando 44, Directiva 2012/13 UE, de 22 de mayo de 2012, *DO* de 1 de junio.

¹³⁴ Considerandos, 59, 36 y 45, respectivamente, de las Directivas últimamente citadas.

¹³⁵ Consecuencia de las cláusulas de exención del Tratado de Maastricht, referidas a la Unión Económica y Monetaria, Seguridad Común y Política de Defensa, Justicia y Asuntos de Interior y ciudadanía de la Unión Europea.

¹³⁶ Sobre la cooperación judicial civil tras el Tratado de Lisboa, *vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *RGDE*, núm. 21, 2010, edición digital.

frenos de emergencia del que pueden hacer uso los Estados, a través del Consejo Europeo, o la regla de la unanimidad para la aprobación de textos normativos en esta materia, formalmente no proclamada, pero derivada de la posibilidad de bloqueo en el seno del Consejo. Ello supone una manifestación más del mantenimiento por parte de los Estados en el control de los aspectos más sensibles y vinculados a la soberanía estatal¹³⁷.

2.- Concreción competencial. Las dudas que algunos Estados habían planteado sobre la competencia de la UE para regular los derechos y garantías procesales a propósito del proyecto de Decisión marco de 2004 han quedado, tras Lisboa, despejadas. Así, en primer lugar el artículo 4.2 TUE señala los ámbitos sobre los que se extienden las competencias compartidas entre la Unión y los EEMM, entre ellos, el ELSJ. Y en segundo lugar, el TFUE, dentro del título V dedicado al ELSJ, concreta en el capítulo IV las competencias en materia de cooperación jurídica penal, recogiendo expresamente en el artículo 82, apartado segundo, la posibilidad de establecer *normas mínimas* referidas a *los derechos de las personas durante el proceso penal*.

3.- Atribución expresa de rango normativo, al más alto nivel, a la CDFUE, con limitaciones o excepciones a determinados Estados. La regulación que la UE pueda llevar a cabo en materia de cooperación jurídica en materia penal, en general y en particular, en relación con los derechos y garantías de las personas acusadas o sospechosas en un proceso penal, necesariamente ha de llevarse a cabo atendiendo a la CDFUE, en la medida que ésta marca los parámetros con los que ha de llevarse a cabo toda regulación en la materia. En este sentido, el Título VI de la Carta, bajo la rúbrica “Justicia”, recoge en su artículo 48.2 la garantía “a todo acusado de los derechos de defensa”. Si bien la CDFUE ya existía con anterioridad al Tratado de Lisboa, su rango normativo y carácter vinculante no era del todo claro. Tras el Tratado de Lisboa, el artículo 6.1 TUE ha elevado al más alto nivel la Carta, otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados.

¹³⁷ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Tratado de Lisboa y la alargada sombra de los Estados”, *REDUE*, núm. 18, 2010, p. 67.

4.- Procedimiento legislativo ordinario. En materia de cooperación judicial penal las decisiones se adoptarán a través del procedimiento ordinario de codecisión, conforme al cual la iniciativa legislativa corresponde a la Comisión y la aprobación de la norma al Parlamento y al Consejo conjuntamente. Si bien, como especialidad y manifestación de las reticencias de los EEMM a la cesión de soberanía, en cooperación judicial penal los Estados también retienen la iniciativa legislativa juntamente con la Comisión.

Además, la extensión del procedimiento ordinario a las materias propias de la cooperación judicial penal y la participación relevante del Parlamento en estas materias, ya como colegislador, ayudará a suplir lo que venía siendo considerado un *déficit democrático* en la Unión en un área tan sensible y con afección tan directa a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos¹³⁸.

5.- Desaparición de la Decisión marco como instrumento normativo. La adopción en estas materias del procedimiento de codecisión y la desaparición de la estructura de pilares, conlleva la adopción de los instrumentos normativos propios del primer pilar –reglamentos, Directivas y decisiones-, si bien en materia de cooperación en materia penal el instrumento llamado a regular las normas mínimas relativas a los derechos de las personas durante el proceso penal es la directiva.

6.- Participación de los parlamentos nacionales en el control del principio de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad que ha de ser observado por la Unión a la hora de llevar a cabo iniciativas legislativas en materia de derechos y garantías procesales –en general en materias propias de la cooperación judicial penal-, es objeto de distintos controles a fin de que, efectivamente, la Unión haga uso de su competencia en la materia –compartida- sólo y exclusivamente cuando se den los presupuestos para ello. Estos parámetros vendrán determinados, entre otros, por el principio de subsidiariedad. Pues bien, tras Lisboa los parlamentos nacionales adquieren un papel destacado en el control del cumplimiento, por parte de la Comisión, del principio de subsidiariedad a la hora de ejercer la iniciativa legislativa en estas materias. En este sentido, el artículo 69 TFUE establece que “En relación con las propuestas e iniciativas

¹³⁸ CARRERA, S., GEYER, F., “El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad...”, *ob. cit.*, p. 140.

legislativas presentadas en el marco de los capítulos 4 y 5, los Parlamentos nacionales velarán porque se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Esta intervención de los parlamentos nacionales se torna en un plus de legitimidad a la regulación que pueda llevarse a cabo en estas materias.

1.6. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El 7 de diciembre de 2000 se proclamó la CDFUE, sin eficacia jurídica directa. La Carta nació con un valor meramente declarativo, el Consejo de Niza decidió no incluirla en el Tratado, por la presión ejercida particularmente por el Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Holanda y Suecia, que se manifestaron en contra del carácter jurídicamente obligatorio de la Carta. A favor del mismo se manifestaron algunos Estados como España y Francia¹³⁹.

Fue el Tratado de Lisboa –tras el fallido intento de Constitución europea-, el que dotó a la misma esa eficacia jurídica¹⁴⁰ con el mismo valor normativo que el TUE y el TFUE (art. 6 TUE). No obstante esa falta de eficacia jurídica, el Tribunal de Justicia venía proclamando desde hacía más de cuarenta años que los derechos fundamentales debían ser protegidos por los tratados, siendo considerados principios generales del Derecho comunitario.

Al margen de su consideración de principios generales del derecho comunitario, las disposiciones de la CDFUE se dirigen a los organismos, órganos, instituciones y EEMM de la Unión, “únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión” (art. 51 CDFUE), y con respeto al principio de subsidiariedad, sin que la Carta amplíe o cree nuevas competencias a favor de los Estados. Conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE “los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el derecho de la Unión, pero no fuera de ellas [...], por este motivo, no puede apreciar a la luz de la Carta una

¹³⁹ DE FAMANIÑAN GILBERT, J.M., “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 59, 2001, p. 238.

¹⁴⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), DO de 30 de marzo de 2010, que recoge adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituyó a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión. Por el contrario, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar”¹⁴¹.

Conforme a la Carta, la regulación que las instituciones de la UE lleven a cabo de los derechos y garantías procesales deberá respetar su contenido, en particular, la Comisión, a la hora de elaborar las propuestas normativas sobre la materia y el Consejo y el Parlamento en su aprobación, así como los EEMM a la hora de transponer, en su caso, a los ordenamientos internos las normas europeas.

En relación con los derechos y garantías procesales penales, el artículo 48.2 de la Carta establece que “Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de defensa”. Este derecho fundamental debe ser respetado, no solo por las instituciones de UE, también por los EEMM cuando una norma nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, lo que supone que la regulación de los derechos y garantías procesales vinculados a los derechos de defensa del sospecho o acusado ya regulados por la UE, han de ser interpretados por los EEMM y sus organismos e instituciones conforme a las reglas establecidas para ello en la propia Carta. En este sentido, el artículo 6.1 TUE tras proclamar el valor normativo de la Carta al más alto nivel indica que sus disposiciones se aplicarán conforme a las propias disposiciones generales que la Carta establece en su artículo VII. En particular, los derechos de defensa, en la medida que también estén reconocidos por el CEDH, se aplicarán conforme al sentido y alcance derivado de éste según la jurisprudencia emanada por el TEDH¹⁴².

¹⁴¹ STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-617/10, *Aklagaren y Hans Akerberg Fransson*) párr. 19 y las allí citadas.

¹⁴² Dice el art. 52.3 de la Carta: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

Por lo que a los derechos y garantías procesales se refiere, se han aprobado ya tres Directivas, en desarrollo del Plan de trabajo de 2009, normas, algunas de ellas, aún en período de transposición. Otras incluso, habiendo finalizado el período de transposición, no han sido efectivamente transpuestas por los Estados a los ordenamientos internos. En consecuencia, pudiera entonces cuestionarse la aplicabilidad de la CDFUE en la medida que en esos casos, y en esos Estados, ante una violación de estos derechos y garantías, no estaríamos en el ámbito del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 CDFUE, sino de los respectivos Derechos internos de esos EEMM. La duda debe despejarse a favor del Derecho de la Unión, desde el momento en que la UE ha decidido, en ejercicio de la competencia compartida que ostenta, regular las normas mínimas en materia de derechos y garantías procesales y efectivamente lo ha llevado a cabo, publicando diversas Directivas que han entrado en vigor, aun cuando no hayan sido aún transpuestas a los ordenamientos internos, nos encontramos ya en el ámbito del Derecho de la Unión.

Admitido pues que los derechos y garantías procesales (al menos lo que han sido objeto de regulación de mínimos por las Directivas ya adoptadas) se insertan en el ámbito del Derecho de la Unión, la aplicación por los EEMM de normas –internas– sobre estas materias, debe efectuarse conforme a la regulación y principios del Derecho de la Unión. Así,

“cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión [...] a estos efectos, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpretar las disposiciones de la Carta, tienen la posibilidad y en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE”¹⁴³.

¹⁴³ SSTJUE de 7 de mayo de 2013 (asunto C-617/10, *Aklagaren y Hans Akerberg Fransson*) apartados 28, 29 y 30, y de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, *Melloni*) apartado 60.

Otro aspecto importante derivado de la aplicabilidad de la CDFUE a la regulación de los derechos de defensa del acusado, y enlazando con lo anterior, es la plena aplicación del principio de no regresión que consagra el artículo 53 de la Carta, lo que supone que si en el ámbito de ese derecho fundamental otros instrumentos internacionales de aplicación, o la Constitución u otras leyes nacionales respectivas, garantizan un ámbito o extensión mayor que el recogido por la Carta, habrá que estar a esa mayor extensión.

Como aspecto negativo debe resaltarse la posibilidad de desvinculación diferencia de la Carta, al quedar excluidos de control jurisdiccional en Reino Unido y Polonia. La CDFUE resulta efectivamente obligatoria para las instituciones y para los EEMM, con la excepción apuntada¹⁴⁴. Fue la concesión que hubo que hacer para conseguir la obligatoriedad y plena eficacia en los veinticinco Estados restantes. Lo grave, como señala MANGAS MARTÍN¹⁴⁵, es el hecho de que el fuese el Reino Unido quien tras conseguir edulcorar el contenido de la Carta para todos, después, en el Consejo Europeo de 2007, exigiese –y consiguiese- la excepción en su aplicación, a la que de modo sorpresivo se sumó Polonia. El aspecto positivo es que, gracias a esa concesión, la Carta tiene efectos vinculantes en el resto de Estados.

1.7. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Una de las objeciones que desde el primer momento efectuaron algunos Estados a la posibilidad de que la UE regulase los derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados, fue el riesgo de dos sistemas paralelos de regulación y protección de estos derechos fundamentales. De un lado, las normas emanadas de la UE y el control que sobre las mismas ejerce el TJUE –incluidas, tras un período de carencia ya superado, las normas relativas a la cooperación judicial penal, tras el Tratado de

¹⁴⁴ *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe de 2014 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bruselas, 8 de mayo de 2015, COM(2015) 191 final.

¹⁴⁵ MANGAS MARTÍN, A., “Un Tratado no tan simple: El realismo mágico del funcionalismo”, *RDCE* núm. 30, mayo/agosto 2008, pp. 339-340.

Lisboa-, y de otro, el CEDH y el control de sus vulneraciones por el TEDH. Hasta el momento, el monopolio del control último de las vulneraciones de los derechos fundamentales –incluidos los derechos y garantías procesales penales cuya regulación pretende la UE- lo ostenta el TEDH, como última instancia en esta materia y en todos los EEMM, pues todos ellos han suscrito el CEDH y conviene no olvidar su jurisprudencia, calificada como excelente, ha contribuido a conformar el orden público europeo en materia de derechos humanos¹⁴⁶.

También desde el primer momento se dejó claro desde las instituciones de la Unión que cualquier regulación al respecto habría de partir y respetar los derechos consagrados en el CEDH, conforme a la jurisprudencia emanada del TEDH. Lo proclamaba expresamente la fallida propuesta de Decisión marco de 2004, también el Plan de trabajo de 2009.

Al margen de que los derechos fundamentales que recoge la Carta coincidan con los regulados por el CEDH, han de ser observados con el sentido y alcance de este último (arts. 52.2 CDFUE y 6.1 TUE), e interpretados conforme a la jurisprudencia del TEDH, el ordenamiento jurídico de la Unión se integra también con los derechos fundamentales allí reconocidos por la incorporación, en bloque, que se hace de los mismos a este ordenamiento como principios generales del derecho de la Unión, como establece el artículo 6.3 TUE. Esto no es nuevo, y ya desde 1974 el Tribunal de Justicia, partiendo de las tradiciones constitucionales comunitarias, había reconocido que los derechos recogidos en el CEDH eran parte integrante de los principios general del Derecho comunitario, declarando su competencia para preservarlos¹⁴⁷.

Las lesiones que se sufran en los derechos fundamentales que, estando reconocidos en el CEDH, también lo estén en el Derecho de la Unión, podrán, en principio ser objeto de tutela por el ciudadano afectado, ante el TJUE o ante el TEDH, en función de cuál sea el medio que mejor se adecúe a su pretensión legítima. En este sentido, no obstante, deben establecerse cautelas para evitar –como señala

¹⁴⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A., “Sesenta años del Consejo de Europa”, *RDCE*, núm. 33, mayo/agosto 2009, p. 448.

¹⁴⁷ Por todas, *vid.* STJCE de 18 de junio de 1991.

FREIXES SANJUÁN- que partes con pocos escrúpulos, como ya ha sucedido, intenten una tutela simultánea o sucesiva ante el TEDH y TJUE, ambos Tribunales han establecido, a través de las respectivas representaciones estatales, un mecanismo de colaboración informal para evitar tales problemas, teniendo en cuenta, además, que la doctrina del TEDH es fuente interpretativa utilizada el muchos supuestos por el TJUE, teniendo en cuenta, además, las distintas reuniones de trabajo y colaboración entre ambos Tribunales¹⁴⁸. Sin embargo, esta colaboración informal no puede sustituir a la necesaria articulación convencional entre las Organizaciones implicadas, regulando las relaciones entre ambos Altos Tribunales. La doctrina de la “presunción de equivalencia” tampoco puede suplir esta laguna, pues es dudoso que el propio TEDH la extienda a materias propias del antiguo tercer pilar. Conforme a esta doctrina, cuando un EEMM era demandando ante el Tribunal de Estrasburgo por violación de un derecho reconocido en el CEDH, en un acto de ejecución del Derecho de la Unión, sin margen alguno de discreción por parte del Estado, el Tribunal acudía, en ciertos supuestos, a la presunción *iuris tantum* de compatibilidad del Derecho de la UE, con los derechos protegidos por el CEDH¹⁴⁹. En estos casos, existe la presunción de que existe una protección compatible a la dispensada por el Tribunal, que se reserva, no obstante, la posibilidad de intervenir, ante una “insuficiencia manifiesta”. La extensión de esta doctrina a la protección de los derechos fundamentales en el marco de materias propias del antiguo tercer pilar dependerá –como señala CORTÉS MARTÍN- de los ámbitos, del grado de discrecionalidad de la que gocen las autoridades nacionales y sobre todo, de la capacidad que el TJUE tenga para intervenir protegiendo los derechos fundamentales¹⁵⁰.

La vinculación entre CEDH y ordenamiento jurídico de la Unión puede ser aún más estrecha si finalmente se materializa la previsión contenida en el artículo 6.2 TUE de que la Unión como organización internacional se adhiera al CEDH, llevándose a cabo, en la actualidad, negociaciones tendentes a ello. El procedimiento no es sencillo.

¹⁴⁸ FREIXES SANJUÁN, T., “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: La Constitución de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *REDCE*, núm. 4, julio/diciembre 2005, p. 80 y nota 40.

¹⁴⁹ Esta doctrina se recoge por primera vez en la STEDH de 30 de junio de 2005 (asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*).

¹⁵⁰ CORTÉS MARTÍN, J.M., “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”, *RDCE*, núm. 46, 2013, pp. 935-938.

El artículo 6.2. TUE prevé como obligación de resultado la adhesión de la UE al CEDH. Se trata de una obligación de resultado peculiar e intrincada¹⁵¹, dada la especialidad del procedimiento previsto en el artículo 218.8 TFUE, para la conclusión del acuerdo internacional de adhesión¹⁵². Por ello, urge el deseado acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH. Ello, como señala CORTÉS MARTÍN, aportará coherencia y consistencia en materia de protección de Derechos Humanos en la UE, logrando, además, un desarrollo armonioso de las jurisprudencias del TEDH y del TJUE¹⁵³.

De llegar a buen puerto las negociaciones y conseguirse la adhesión de la UE al CEDH se pondrá fin la situación actual, peculiar, anómala en la que el TEDH, de facto lleva ya a cabo un control indirecto del Derecho de la Unión y su conformidad al CEDH, por la intermediación de sus Estados y si bien la salvaguarda de los derechos humanos, queda garantizada por esta vía indirecta, se impide a la UE, en cuanto tal y no a través de sus Estados ser parte en el proceso y defender la legalidad de su actuación¹⁵⁴.

De momento, las negociaciones continúan, si bien, no es un tema sencillo. Recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre el proyecto de Acuerdo de adhesión¹⁵⁵, constatando problemas de compatibilidad con el derecho de la UE, en particular con el artículo 6.2 TUE y el Protocolo núm. 8. Entiende el Tribunal que el proyecto debe

¹⁵¹ MARÍN AÍSA, J.R., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento jurídico de la UE”, *RDCE*, núm. 44, enero/abril 2013, p. 234.

¹⁵² Tal acuerdo está sujeto a la aprobación del Parlamento, a la unanimidad del Consejo y a la aprobación de cada Estado miembro, conforme a sus respectivos Ordenamientos, de la decisión del Consejo autorizando la conclusión del acuerdo de adhesión. Además, tal acuerdo ha de ser aprobado por el Consejo de Europa y la ratificación de sus Estados miembros, no todos miembros a su vez de la UE, aunque todos los de la UE si lo son del Consejo de Europa.

¹⁵³ CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al convenio europeo de derechos humanos y salvaguarda de la autonomía del Derecho de la Unión”, *RAUE*, núm. 5/2014, ed. digital, p. 1.

¹⁵⁴ *Ibidem* . p. 15.

¹⁵⁵ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014. La Comisión planteaba la siguiente cuestión: “¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales?”, El Tribunal concluye que “El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (núm 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. El texto íntegro del Dictamen y la Opinión de la Abogado General puede consultar en <<http://curia.europa.eu/juris/document/>>.

adaptarse declarando la primacía del Derecho de la UE en relación con las posibilidades que confiere el artículo 53 CDFUE en lo que respecta al refuerzo de los derechos fundamentales en las Constituciones de los EEMM, confianza mutua entre los EEMM, en especial en el ámbito del ELSJ, relación con el nuevo protocolo adicional 16 del CEDH, mantenimiento de la competencia exclusiva del TJUE para pronunciarse sobre litigios entre EEMM relativos a la aplicación o interpretación de los Tratados; determinados aspectos del procedimiento ante el TEDH de la UE en asuntos relacionados con la UE, y tutela judicial en el ámbito de la política exterior y seguridad común.

Apuntado, pues, el marco jurídico en el que la Unión ha de llevar a cabo la regulación pretendida en materia de derechos y garantías procesales, examinaremos seguidamente la propia existencia de competencias de la Unión para ello, naturaleza de tal competencia y las condiciones para su ejercicio.

2. LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA REGULAR LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LOS PROCESOS PENALES

2.1. Delimitación de la competencia cuyo ejercicio pretende la UE

No se trata de determinar si la Unión tiene competencia para reconocer y regular nuevos derechos y garantías procesales en el proceso penal que, en la mayoría de los supuestos, además, tendrán la consideración de derechos fundamentales. La competencia cuyo ejercicio se pretende es más limitada, como veremos.

La resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, con la que se inicia esta nueva etapa en el intento de aproximar las normas sobre los derechos y garantías procesales, lleva por rúbrica “Sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos de sospechosos o acusados en los procesos penales”¹⁵⁶. Se emplea el término “reforzar”, lo que supone, al menos nominalmente, una declaración de intenciones: no se pretende regular o establecer nuevos derechos y garantías distintos a los que ya estén

¹⁵⁶ 2009/C 295/01, DO 4 de diciembre de 2009.

reconocidos en los distintos instrumentos normativos que resultan de aplicación, sino dar efectividad a los mismos. En este sentido, señala la resolución lo siguiente:

“...Deben llevarse a cabo esfuerzos para reforzar las garantías procesales y el respeto del Estado de Derecho en el marco de los procesos penales, independientemente del lugar al que los ciudadanos hayan decidido viajar o en el que deseen estudiar, trabajar o vivir, dentro de la Unión Europea” (*Considerando 10º*).

Esta idea se repite en el apartado primero de la misma resolución al señalar que:

“Debe llevarse a cabo una actuación a escala de la Unión Europea para reforzar los derechos de los sospechosos o acusados en el marco de los procesos penales. Esta actuación puede incluir medidas tanto legislativas como de otra índole”.

El primer problema que se presenta es el riesgo de que, ante una regulación de *reforzamiento o desarrollo* de determinados derechos fundamentales, se afecte al núcleo esencial de los mismos, dando, en la práctica, un contenido distinto al que ese derecho fundamental tiene en virtud de la norma que lo ha proclamado y regulado, sea el CEDH u otro instrumento internacional, sea a nivel interno en las Constituciones u otras leyes que los desarrollan, lo que supondría una extralimitación en el ejercicio de la competencia atribuida. Éste, podemos apuntar ya, es uno de los riesgos que hace que los Estados sean muy cautelosos a la hora de ceder competencias en este campo, como veremos.

No obstante el problema apuntado, la política que la Unión pretende llevar a cabo parece estar clara: no se trata de crear nuevos derechos ni ir, en su regulación, más allá de lo que sería afectar a su contenido esencial, sino de reforzar los mismos. Analicemos a continuación si efectivamente tal competencia le viene expresamente atribuida por los Tratados la Unión.

2.2. El principio de atribución de competencias

Dentro del Derecho de las organizaciones constituye un principio fundamental el de atribución de competencias. Conforme a este principio clásico, las organizaciones internacionales no tendrán más poderes que los expresamente atribuidos por los tratados que la han constituido. Son, pues, los Estados, en el ejercicio de su soberanía, los que

deciden atribuir determinadas competencias a la organización, conforme a los acuerdos alcanzados y plasmados en los tratados internacionales que las crean y regulan.

Este principio se aplica también a la UE, en tanto que organización internacional. Efectivamente, aun cuando la UE haya sido calificada como *única* por su naturaleza y connotaciones específicas constituyendo una organización internacional de integración, caracterizada por el atributo de la *supranacionalidad* frente a la simple cooperación intergubernamental, nota característica de las organizaciones internacionales clásicas, sigue siendo una organización internacional que puede ejercer exclusivamente aquellas competencias que expresamente le hayan sido atribuidas por los Estados.

La Unión carece de competencias generales, no es un Estado. Su competencia es funcional y solo puede llevar a cabo actuaciones concretas conforme a las competencias atribuidas. En particular, dentro del Derecho originario de la Unión, el principio de atribución de competencias se manifiesta, con carácter general, en los artículos 1, 3 y 4 TUE, proclamándose expresamente en el artículo 5 TUE. En concreto, señalan estos artículos:

“Por el presente Tratado, las Altas Partes contratantes constituyen una Unión Europea [...] a las que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes...” (art. 1).

“La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados” (art. 3.6).

“...toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros...” (art. 4.1).

“En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros” (art. 5.2).

Pero el principio de atribución de competencias no determina por sí solo que la Unión pueda actuar en determinado ámbito o llevar a cabo ciertas políticas. La competencia a favor de la Unión en un campo en concreto ha de ser determinada, además, por la aplicación de los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad. Estos principios determinarán, en qué circunstancias la Unión puede ejercer una

competencia y en qué medida. Así, puede ocurrir que la Unión pese a tener atribuida, en principio, determinada competencia, no pueda llegar a ejercerla por impedirlo el principio de subsidiariedad.

2.3. Las competencias de la UE: categorías

Las competencias de la UE son casuísticas, lo que supone que no estamos ante títulos competenciales abstractos –a modo de constituciones nacionales-, sino de categorías genéricas que precisan de una concreta base jurídica. De este modo, las competencias de la Unión serán las que expresamente le vengan atribuidas en concretas bases jurídicas¹⁵⁷.

Los artículos 3, 4 y 5 TUE establecen los ámbitos en los que la Unión Europea tiene competencias. Como novedad, el Tratado de Lisboa especificó las distintas categorías de competencias –como lo hiciera antes el fallido proyecto de Constitución europea-. Así el artículo 3 determina qué se entiende por competencias exclusivas; el artículo 4, por competencias compartidas y el artículo 5 se ocupa de las competencias de apoyo, coordinación y complemento. Se trata de preceptos que categorizan en abstracto las competencias, pero el verdadero título competencial, la verdadera base jurídica de una determinada competencia, habrá que buscarla en los preceptos de los Tratados que regulan cada una de las distintas políticas europeas.

En particular, el artículo 4.2 TUE enumera –en abstracto- los ámbitos –no las materias- sobre los que se extienden las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros y señala, entre otras, las relativas al *espacio de libertad, seguridad y justicia*¹⁵⁸.

Pero el verdadero título competencial debemos buscarlo en el título V del TFUE que lleva por rúbrica *Espacio de libertad, seguridad y justicia*. Dentro de él, el capítulo

¹⁵⁷ MANGAS MARTÍN, A., “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 57, 2005, p. 51.

¹⁵⁸ El resto de ámbitos son el mercado interior; la política social en determinados aspectos, la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca con ciertas exclusiones, el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; la energía y los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública también en ciertos aspectos

IV, dedicado a la cooperación judicial en materia penal concreta los campos a los que puede extenderse el ejercicio de esta competencia y bajo qué condiciones puede ejercerse. Así, en el 82 TFUE, tras proclamar el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de esta cooperación penal, fija los ámbitos en los que la Unión puede legislar. En particular, el apartado segundo prevé la posibilidad de establecer *normas mínimas* referidas a *los derechos de las personas durante el proceso penal*.

Parece que en la literalidad de la expresión *normas mínimas* que se refieran a *derechos de las personas durante el procedimiento penal* sí tendría cabida la pretensión de la Unión de *reforzar los derechos de los sospechosos o acusados en el marco de los procesos penales*, siendo este artículo 82 TFUE el título competencial a favor de la Unión.

Cabe concluir que, conforme al principio de atribución de competencias, la Unión tiene competencias para actuar en este campo. Se trata de una atribución expresa. Ello desplaza otros argumentos justificativos de la atribución competencial, como sería el principio de atribución de competencias implícitas, *ex* artículo 352 TFUE, al que se acudió en otros momentos. De este modo se evita el riesgo de tensiones entre EEMM y Unión interesados preocupados aquéllos en evitar que la Unión y sus instituciones se excedan de las competencias que expresamente les han sido atribuidas por los Tratados.

2.4. Naturaleza de la competencia analizada: las competencias compartidas

Los EEMM, para alcanzar los objetivos comunes perseguidos al constituir la Unión, atribuyen a ésta una serie de competencias (art. 1 TUE). Estos ámbitos competenciales se recogen, con carácter general, en los artículos 3 a 6 TFUE y en particular, en los artículos que regulan las distintas políticas europeas. Estas competencias, son, además son de distinta naturaleza: competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo, coordinación o complemento.

Así, el artículo 3 TFUE recoge los ámbitos generales en los que la Unión tendrá competencias exclusivas, que son: la unión aduanera, las normas sobre competencia

para el funcionamiento del mercado anterior, las política monetaria de los Estados cuya moneda sea el euro, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común y la política comercial común. La naturaleza exclusiva de estas competencias supone que en tales ámbitos “...sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión” (art. 2.1 TFUE).

En paralelo a las competencias exclusivas de la Unión hay que mencionar las competencias exclusivas de los Estados, que no se recogen en una lista o catálogo, como ocurre con las competencias exclusivas de la Unión, sino que, y como consecuencia del principio de atribución, serán todas aquellas no expresamente atribuidas a la Unión. En este sentido, el artículo 5.2 TUE dispone que “...Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

Por su parte, el artículo 4 TFUE, también con carácter general, recoge los ámbitos en los que la Unión dispone de competencias compartidas con los Estados miembros, entre ellas “el espacio de libertad, seguridad y justicia” (art. 4.2. j TFUE). En estos ámbitos “...la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya dejado de ejercer la suya” (art. 2.2 TFUE).

Expresamente, el artículo 82 TFUE, al desarrollar con mayor detalle las competencias de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, como una de las políticas integrantes del ámbito libertad, seguridad y justicia, concreta las materias sobre las que se extiende la competencia y los requisitos y condiciones en que puede ser ejercida. Y así, dice el apartado segundo de este artículo:

“En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante Directivas adoptadas con

arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a: [...]

b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal [...]

La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas”.

Pese a que expresamente el apartado b) del artículo 82.2 TFUE no indica que tales personas sean las personas “sospechosas o acusadas” no cabe otra conclusión pues los otros posibles intervinientes en el proceso penal, en concreto, las víctimas y las personas perjudicadas por los delitos, son objeto de expresa mención en la letra c) del mismo artículo, y así expresamente se prevé que la Unión pueda dictar normas mínimas también sobre “los derechos de las víctimas de los delitos”¹⁵⁹.

Vemos, pues, que la atribución competencial a la Unión en esta materia es clara, con todos los condicionantes y requisitos que para su ejercicio se establecen en éste y otros artículos. Sin embargo tal atribución no ha sido siempre expresa, dudándose incluso si la misma estaba atribuida o no a la Unión.

La redacción del artículo 82 TFUE (que expresamente atribuye la competencia de naturaleza compartida a la Unión para dictar normas para aproximar los derechos y garantías procesales) es fruto de la reforma operada por el Tratado de Lisboa. Con anterioridad, la atribución competencial en esta materia había que buscarla en el artículo 31 TUE, entonces vigente bajo la estructura de los tres pilares, en que la cooperación judicial en materia penal era una de las materias integrantes del tercer pilar, de marcado carácter intergubernamental, frente a la naturaleza integradora de las materias incluidas en el primer pilar. Así, el artículo 31.1 TUE (redacción dada por el Tratado de Niza) establecía lo siguiente:

“La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá:

¹⁵⁹ En este sentido se ha aprobado la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

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

[...]

c) La consecución de la compatibilidad de normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación...”

No había, pues, mención expresa a concretas materias susceptibles de esa acción común sobre las que debía trabajarse para conseguir la “compatibilidad de las normas aplicables”. La concreción de tales materias se encontraba el Programa de reconocimiento mutuo¹⁶⁰ que incluía mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas (parámetro tres) y la definición de normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo (parámetro cuatro).

La Comisión y en general, los defensores de la existencia de una competencia de la Unión para dictar normas para todo su territorio referidas a los derechos y garantías procesales entendían que la base jurídica conforme a la cual la Unión tenía atribuida esa competencia se encontraba en el artículo 31 TUE en la medida en que “...la consecución de la compatibilidad puede lograrse, entre otras cosas, previendo una cierta aproximación de normas procesales mínimas en los Estados miembros a fin de aumentar la confianza y fidelidad mutuas.”¹⁶¹. Sin embargo, esta no fue una opinión unánimemente compartida, siendo uno de los argumentos aportados por distintos Estados para oponerse a la existencia de tal competencia a favor de la Unión impidiendo, en definitiva, la aprobación del Proyecto de Decisión marco de 2004 sobre derechos y garantías procesales.

No obstante, y bajo dicho marco normativo, era discutible cuestionar la falta de competencia de la Unión para dictar normas mínimas para la aproximación de las

¹⁶⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal. COM/2000/0495 final.

¹⁶¹ Apartado 50 Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea COM(2004) 328 final, Bruselas, 28 de abril de 2004.

garantías procesales penales. Como recuerda IRURZUN MONTERO¹⁶², tras la STJUE de 16 de junio de 2005 (asunto *Pupino*), negar la competencia de la Unión para aprobar aquella Decisión marco era difícilmente sostenible. La sentencia daba respuesta a una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Decisión marco de 15 de marzo de 2001, relativa el Estatuto de la víctima en el proceso penal que suponía ya una norma de mínimos para la aproximación de las distintas legislaciones procesales, sin que la competencia de la Unión para su dictado fuese cuestionada, no así el alcance que de la misma hacía la norma y que era el objeto de la cuestión¹⁶³.

La previsión expresa sobre la atribución de esta competencia a la Unión que recoge en la actualidad el artículo 82 TFUE, reproduce casi literalmente el artículo III-270 de la fallida Constitución europea, en lo que supone una de las materias *recuperadas* de la Constitución por parte del Tratado de Lisboa.

Así pues, podemos concluir que la Unión tiene atribuida expresamente la competencia, de naturaleza compartida, para dictar normas mínimas relativas a los derechos y garantías procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales. No obstante su ejercicio está sometido a importantes condicionamientos derivados tanto de su naturaleza –competencia compartida–, como de las cautelas que en esta materia los Estados han establecido ante el temor de ceder soberanía en materias tan esenciales como el Derecho penal, en tanto que materia heredada del antiguo tercer pilar de marcado carácter gubernamental.

Conviene, para finalizar, precisar la naturaleza de las competencias compartidas. Pese al término “compartidas” realmente nos encontramos ante ámbitos competenciales concurrentes. Tanto los Estados como la Unión tienen, en principio, competencias sobre ellos, sin embargo, en el momento en que la Unión decida ejercitar la suya, la

¹⁶² IRURZUN MONTERO, F., “La negociación de la Decisión marco sobre garantías procesales en el Consejo de la UE”, en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, (Coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 37.

¹⁶³ Sobre la importancia de esta sentencia en orden al reforzamiento del carácter normativo del sistema de actos del entonces tercer pilar y del deber de cooperación leal de los EEMM, cualquiera que sea el ámbito de actuación de las Instituciones europeas, acercando el efecto interpretativo de las Decisiones marco hacia el terreno del efecto directo de las Directivas, *vid.* SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, *REEI*, núm. 10, 2005.

competencia deja de ser concurrente y pasa a ser exclusiva de la Unión, siendo ésta la única habilitada para actuar, con exclusión de los Estados¹⁶⁴.

3. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

3.1. El principio de subsidiariedad

La Unión ejercerá aquellas competencias que expresamente le sean atribuidas por los Tratados. En esa dirección, el artículo 4 TFUE otorga naturaleza de competencia compartida a aquellas políticas que incidan en los ámbitos relativos, entre otros, al *espacio de libertad, seguridad y justicia*.

Entre estas materias, y dentro del *espacio justicia*, se sitúa la cooperación judicial en materia penal, siendo piedra angular de la misma el principio de reconocimiento mutuo, cuya efectividad depende de la confianza mutua que cada uno de los Estados tenga en los ordenamientos jurídicos de los otros Estados. Una de las materias que ha de contribuir a esta confianza mutua es la uniformidad en los derechos y garantías que los distintos ordenamientos reconocen a los acusados en los procesos penales.

Para evitar cualquier género de duda sobre la atribución competencial a favor de la Unión, el artículo 82 TFUE, dedicado a la cooperación judicial en materia penal, establece expresamente la competencia de la Unión para dictar normas mínimas relativas “a los derechos de las personas en los procesos penales” estableciendo, igualmente, las condiciones y límites para su ejercicio. Junto a ellas hay que tener en cuenta los condicionantes de carácter general derivados de su naturaleza de competencia compartida, en particular, las establecidas en los artículos 2 TFUE y 3 a 5 TUE.

¹⁶⁴ CHICHARRO LÁZARO, A., “La constitucionalización del proceso de integración europea: del principio funcionalista a las listas de competencias comunitarias”, en AAVV, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática, núm. 9, Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 2005, p. 205.

En primer lugar, y como presupuesto para el ejercicio de la competencia por parte de la Unión, es necesario que le haya sido atribuida por los Tratados, sin que tal atribución competencial se vea afectada o condicionada por el ejercicio de los Estados miembros de su competencia en estas materias, pero si la Unión decide ejercer su competencia, entonces quedarán aquéllos desplazados en su ejercicio. En este sentido, se ha querido ver en el principio de subsidiariedad –también en el de proporcionalidad– manifestaciones de lo que sería el principio de *ultima ratio* en el Derecho penal de la UE, que vendrían a legitimarlo en una dimensión europea¹⁶⁵, superior a la tradicional dimensión estatal en la que este principio de *ultima ratio* limita, pero a la vez legitima, la intervención del Estado a través del Derecho penal. Pero como recuerda MANGAS MARTÍN, “la subsidiariedad es un principio que rige el modo de ejercicio de la competencia; no sirve para delimitar o atribuir competencias, sino que persigue racionalizar ese ámbito difuso y demasiado elástico de la competencia”¹⁶⁶

El respeto al principio de subsidiariedad se erige en el requisito esencial para que la Unión pueda ejercer una competencia compartida, con desplazamiento de los Estados. Efectivamente, el artículo 5.3 TUE proclama que:

“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

Este principio está guiado e inspirado por el principio de proximidad a los ciudadanos en la toma de decisiones, de modo que la intervención normativa de la Unión únicamente se producirá cuando se haya revelado la insuficiencia de la acción nacional, cualquiera que sea el nivel –mayor o menor– al que se haya proporcionado. Bastará, pues, un logro *suficiente*, por parte de la regulación que lleven a cabo los Estados para excluir la actuación de la Unión. Así, en las relaciones UE y EEMM, el principio de subsidiariedad se configura como el instrumento que determina cómo ejercer sus competencias, sus poderes, la UE, dejando al descubierto la tensión

¹⁶⁵ MELANDER, S., “*Ultima Ratio* in European Criminal Law”, en *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives* Oñati Socio-Legal Series, v. 3, núm. 1, 2013, pp. 57-58.

¹⁶⁶ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN MOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2014, p. 80.

existente, de un lado, entre la disposición de los Estados a transferir nuevas competencias a la Unión, y de, otro, su preocupación por que la Unión pueda utilizarlas en detrimento de los Estados, individualmente considerados¹⁶⁷.

La Unión, en tanto que competencia compartida y por aplicación del principio de subsidiariedad, sólo podrá actuar “en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza” (art. 82.2 TFUE) y “...sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida [facilitar el reconocimiento mutuo] no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados” (art. 5.3 TUE).

Pero aún en el caso de que la actuación de los Estados se revelase insatisfactoria para conseguir el objetivo pretendido tendría que ajustarse a los ámbitos fijados por el propio artículo 82 TFUE para el ejercicio de la competencia y que se concretan en la adopción de normas mínimas en determinados ámbitos referidas tanto a aspectos procesales (recogidas en el propio art. 82) como de naturaleza sustantiva relativas a la definición de determinadas infracciones y sanciones penales (art. 83 TFUE).

En el ámbito procedimental las normas se referirán a: a) la admisión mutua de pruebas entre los Estados; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal y c) los derechos de las víctimas de delitos¹⁶⁸.

En el plano sustantivo la Unión podrá establecer normas mínimas para la definición de infracciones penales y sus sanciones, en los ámbitos directivos de especial gravedad con una dimensión transfronteriza en las materias de terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico

¹⁶⁷ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *REEI*, núm. 15, 2008, p. 28.

¹⁶⁸ No obstante el propio artículo 82.2 TFUE prevé la posibilidad de que las normas mínimas puedan referirse también a otros elementos específicos del procedimiento penal. Para ello será necesario que el Consejo previamente los haya determinado mediante una decisión adoptada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento.

ilícito, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada¹⁶⁹.

3.2. El control del cumplimiento del principio de subsidiariedad

La preocupación de los Estados porque la UE efectivamente se ciña en el ejercicio de sus competencias al principio de subsidiariedad les ha llevado a establecer en los Tratados distintos mecanismos de control que garanticen su observancia. Así cabe hablar de un control *ex ante*, de naturaleza política, que llevarán a cabo los distintos Parlamentos nacionales; y también de un control *ex post*, de naturaleza jurisdiccional, a cargo del TJUE. Igualmente la Comisión ha de llevar a cabo un seguimiento específico en la aplicación del principio de subsidiariedad, debiendo elaborar un informe anual al respecto que debe presentar a otras instituciones.

Sin embargo, de la regulación llevada a cabo por los Tratados y protocolos anejos, se desprende la idea de que con la creación de este mecanismo de alerta temprana por parte de los parlamentos nacionales se ha querido, en relación con el control del principio de subsidiariedad, reforzar la perspectiva política, restando importancia a la intervención jurisdiccional. Se ha querido evitar que el TJUE pueda actuar en contra de las competencias de los Estados, consolidando una posición de “última palabra”, en lo que se considera debe ser un tema de marcada dimensión política¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Así, cabe citar: la Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo; la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea y la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

¹⁷⁰ ARANDA ÁLVAREZ, E., “La Alerta Temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española”, *RDCE*, núm. 44, enero/abril 2013, p. 112.

3.2.1. Control político: los Parlamentos nacionales y la alerta temprana

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 b) TUE y 67 TFUE, corresponde a los Parlamentos nacionales velar por el respeto al principio de subsidiariedad en relación con las propuestas e iniciativas legislativas sobre cooperación judicial en materia penal y cooperación policial, en los términos fijados en el protocolo anejo a los Tratados sobre este particular.

Este novedoso mecanismo de alerta temprana en el control del principio de subsidiariedad ya había sido previsto en el fallido proyecto de Constitución europea, pasando en los mismos términos que allí había sido diseñado a los Tratados vigentes, por la reforma operada por el Tratado de Lisboa siendo, pues, otra de las materias “recuperadas”.

Hasta la reforma operada por Lisboa correspondía únicamente a la Comisión juzgar si la propuesta legislativa que presentaba para su aprobación al Parlamento y a la Comisión respetaba el principio de subsidiariedad. Esto equivalía a tanto como “encomendar al zorro el cuidado del gallinero” situación difícilmente aceptable en un momento en que la UE estaba acusada de extender prácticamente de forma ilimitada sus poderes¹⁷¹. Los parlamentos nacionales sólo podrían acceder a los ámbitos europeos a través de los respectivos gobiernos tanto para la transmisión de textos normativos que venían de las instituciones europeas, como para hacer llegar a éstas las posiciones de aquéllos. Esta participación de los Parlamentos en los ámbitos europeos, además de en distintos artículos de los Tratados, se regula en Protocolos 1 y 2 anejos a los Tratados.

Se trata de un control *a priori*, de naturaleza política, llevado a cabo por los distintos parlamentos nacionales, que adquieren así un papel muy relevante en el funcionamiento de las instituciones europeas. Constituye, sin duda, la competencia más importante a la que están llamados a ejercer los Parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo europeo. Esta competencia de control del cumplimiento del principio de subsidiariedad por las instituciones europeas se prevé, con carácter general,

¹⁷¹ DE PONCINS, É., *Le traité de Lisbonne en 27 clés*, Lignes de Repères, Millau, 2011, p. 238.

en el artículo 12 TUE y en particular, para las políticas relativas a la cooperación judicial en materia penal y policial en el artículo 69 TFUE.

El artículo 7 del protocolo citado atribuye a cada Parlamento nacional dos votos¹⁷². Cada Parlamento deberá pronunciarse sobre el respeto al principio de subsidiariedad del proyecto de acto legislativo. Cuando los dictámenes motivados de los Parlamentos que concluyan que el acto legislativo no se ajusta a tal principio representen al menos un cuarto del total de los votos atribuidos a los Parlamentos, el proyecto deberá volverse a estudiar¹⁷³. Tras el nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de EEMM proponente, podrán decidir mediante decisión motivada el mantenimiento, la modificación o la retirada del proyecto. Y cuando el porcentaje de votos que nieguen el respeto al principio de subsidiariedad alcance, al menos, la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales y la Comisión decida mantener la propuesta de acto legislativo, el legislador (Consejo y Parlamento), deberán pronunciarse con carácter previo sobre la compatibilidad de la propuesta presentada con el principio de subsidiariedad, rechazándose la misma si por mayoría del cincuenta y cinco por ciento de los miembros del Consejo, o por mayoría de votos emitidos por el Parlamento europeo, se considera que la propuesta efectivamente no es compatible con el principio de subsidiariedad. Así, al menos se habrá conseguido abrir un debate más profundo y forzar las negociaciones tendentes a superar los escollos habidos.

Este control del respeto al principio de proporcionalidad se lleva a cabo a través del denominado *test de subsidiariedad* para determinar, conforme al artículo 5 del Protocolo número 2, tanto la insuficiencia de la acción estatal para conseguir el objetivo

¹⁷² En España el desarrollo del procedimiento de control del principio de subsidiariedad se ha llevado a cabo por la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, por la que se desarrolla la Comisión Mixta para la Unión Europea. Sobre su ejercicio y principales problemas derivados de este control por un sistema parlamentario complejo (Parlamento estatal y Parlamentos autonómicos), *vid.* FERNÁNDEZ ALLES, J.J., “El parlamentarismo español ante el sistema de alerta temprana sobre el principio de subsidiariedad: a propósito de la V Conferencia sobre Subsidiariedad (2011)”, *RGDC*, núm. 11, 2011, pp. 1-29. También, CORTÉS MARTÍN, J.M., “El Tratado de Lisboa y las regiones”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 86, 2009, pp. 261-279.

¹⁷³ Esta mayoría es, con carácter general de un tercio, si bien en lo relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular en las materias de cooperación judicial penal y cooperación judicial, se reduce a un cuarto del total de los votos atribuidos a los Parlamentos (art. 7.2 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad).

perseguido, como la mayor eficacia para su consecución mediante la actuación comunitaria.

3.2.2. Control judicial

El artículo 8 del Protocolo número 2, extiende la competencia para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad en estas materias. Se trata de un control *a posteriori* y de naturaleza jurisdiccional, a diferencia del control de naturaleza política que, *ex ante*, llevan a cabo los parlamentos nacionales. Por tanto, el criterio ha de ser resuelto atendiendo a criterios estrictamente jurídicos. El procedimiento a seguir es el previsto con carácter general en el artículo 263 TFUE.

El control que lleve a cabo el Tribunal será tanto del cumplimiento de las normas procedimentales como sustantivas, en lo que no deja de ser la resolución de un conflicto de competencias entre los EEMM y la UE. De este modo, y a medio y largo plazo se irá generando una jurisprudencia que informará el régimen de competencias previsto en los Tratados¹⁷⁴.

3.3. El principio de proporcionalidad como criterio rector en el ejercicio de la competencia

Si los principios de atribución y de subsidiariedad determinan la capacidad de la UE para ejercer determinada competencia, el principio de proporcionalidad alude al modo en que la competencia ha de ser ejercida. Estos son los tres principios fundamentales en los que se basa la delimitación de competencias entre UE y EEMM.

En relación con el principio de proporcionalidad el artículo 5.4 TUE establece lo siguiente: “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”. Este mandato va dirigido a todas las instituciones de la UE, y se aplicará de conformidad con lo Dispuesto en el Protocolo anejo a los Tratados “Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Al respecto, y según jurisprudencia reiterada del TJUE, “el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la

¹⁷⁴ ARANDA ÁLVAREZ, E., “La Alerta Temprana...”, *ob. cit.*, p. 118.

Unión sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de dichos objetivos”¹⁷⁵.

Este principio opera en un momento posterior al principio de subsidiariedad, una vez constatada la necesidad de regulación por parte de la Unión en determinado ámbito, dando la medida en que ha de actuarse. Para determinar esta medida, las instituciones gozan, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de un amplio poder de apreciación, hasta ahora en materias económicas y en aquéllas en las que los efectos de determinada legislación no pueden ser conocidos con un cierto grado de certidumbre. Se trata de una apreciación basada en muchos casos en razones de oportunidad¹⁷⁶, determinando que el Tribunal únicamente pueda declarar la infracción de este principio de proporcionalidad cuando la medida adoptada se revele *manifiestamente errónea* en función de las circunstancias conocidas al momento de su adopción¹⁷⁷.

El Protocolo número 2 anejo a los Tratados “Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad” establece en su artículo 5 la obligación de motivar los proyectos legislativos en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, debiendo acompañar una ficha con los elementos necesarios para el control de esos principios. Las Directivas deben incluir además la previsión de impacto en la legislación nacional y en su caso, regional. Finaliza el artículo con una nueva llamada a observar el principio de proporcionalidad cuando proclama que los proyectos financieros han de tener en cuenta tanto las cargas administrativas como financieras,

¹⁷⁵ STJUE de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger* y otros), párr. 46 que cita también, en este sentido, las sentencias *Afton Chemical*, EU:C:2010:419, párr. 45; *Volker und Markus Schecke y Eifert*, EU:C:2010:662, párr. 74; *Nelson y otros*, C-581/10 y C-629/10, EU:C:2012:657, párr. 71; *Sky Österreich*, C-283/11, EU, C:2013:28, párr. 50, y *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, párr. 29).

¹⁷⁶ JACQUÉ, J.P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6ª ed., Dalloz, París, 2010, p. 171.

¹⁷⁷ “En efecto, este Tribunal de Justicia ha afirmado que únicamente el carácter manifiestamente inadecuado, con respecto al objetivo que la Institución competente pretende alcanzar, de una medida adoptada en este ámbito puede afectar a la legalidad de ésta. Más en concreto, cuando, en la adopción de una normativa, el legislador se ve obligado a valorar las consecuencias futuras de la misma, no pudiendo preverse dichas consecuencias con exactitud, su valoración únicamente puede ser censurada si se revela como manifiestamente errónea a la vista de los elementos de que disponía al adoptar dicha normativa (sentencia *Wuidart y otros*, antes citada, apartado 14, y sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Dedesa y otros*, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 14)”, S. de 5 de octubre de 1994, (asunto 280/93 Alemania / Consejo) párr. 90.

para que éstas sean lo más reducidas posibles sobre instituciones y particulares, y proporcionales al objeto que se desea alcanzar.

Las Directivas hasta ahora aprobadas reguladoras de distintos derechos y garantías procesales señalan que se cumple este principio empleando la misma cláusula: “De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar ese (dicho, esos) objetivo(s)”¹⁷⁸.

Sin embargo, tal proclamación solemne no viene acompañada de argumentos que sustenten que, efectivamente, en las regulaciones llevadas a cabo no se ha ido más allá de lo necesario para alcanzar los distintos objetivos. Tampoco en los proyectos elaborados por la Comisión. Así, el proyecto de Directiva sobre el derecho el derecho a la información en los procesos penales presentado por la Comisión, se limitaba a señalar que “The proposal complies with the proportionality principle in that it does not go beyond the minimum required in order to achieve the stated objective at European level and what is necessary for that purpose”.¹⁷⁹. Justificaciones más precisas del respeto al principio de proporcionalidad hay que buscarlas en las memorias explicativas que acompañan a cada una de las propuestas de Directivas reguladoras de los diferentes derechos y garantías procesales, en definitiva, en documentos de trabajo, con nulo valor jurídico.

¹⁷⁸ Considerando 57, Directiva 2013/48 UE, de 22 de octubre de 2013, *DO* de 6 de noviembre; Considerando 34, Directiva 2010/64 UE, de 20 de octubre de 2010, *DO* de 26 de octubre; Considerando 43, Directiva 2012/13 UE, de 22 de mayo de 2012, *DO* de 1 de junio.

¹⁷⁹ COM (2010) 392/3, apartado 6 (par. 42), para el derecho a la información en los procesos penales; COM (2011) apartado 7 (par. 35) para el derecho a la asistencia letrada y COM (2010) 82 final, para los derechos de traducción e interpretación apartado 6 (par. 33). Documento de trabajo consultado, versión en inglés.

4. EL OBJETIVO PERSEGUIDO POR LA UE CON EL EJERCICIO DE ESTA COMPETENCIA: LA CONSECUCCIÓN DE UN VERDADERO ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. UN ESPACIO COMÚN DE JUSTICIA PENAL

El artículo 3 TUE, a modo de catálogo, recoge los objetivos perseguidos por la UE, si bien su verdadero desarrollo se encuentra, con carácter general, en el TFUE¹⁸⁰, éstos, atendiendo a su naturaleza, pueden clasificarse en objetivos políticos, económicos, de relaciones de la UE con su entorno y otros denominados transversales, pues se pretende su consecución, no solo como objetivos en sí mismos, sino también en la consecución de las diferentes políticas y acciones de la Unión.

Entre los objetivos de naturaleza política se encuentra la consecución de un verdadero ELSJ¹⁸¹, y así el artículo 3.2 TUE dispone lo siguiente:

“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras internas, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

El desarrollo de este objetivo¹⁸² se encuentra en el Título V del TFUE (arts. 67 a 81). El régimen jurídico actual es el resultante de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007 y es el resultado de una determinante evolución histórica en el proceso de integración europeo¹⁸³.

¹⁸⁰ Como excepción, los objetivos generales de la UE relativos a la acción exterior que se recogen en el propio TUE, en su artículo 23.

¹⁸¹ Otros objetivos políticos recogidos en el artículo 3 TUE son la promoción de la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos, combatir la exclusión social y la discriminación y promover la justicia, la igualdad entre sexos, la solidaridad entre las generaciones y la especial protección de los derechos del niño y el respeto, conservación y promoción de la diversidad cultural y lingüística y el patrimonio cultural europeo.

¹⁸² En general, sobre la consecución de este objetivo en Europa, *vid.* GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “Espacio de seguridad, libertad y justicia” en *Derecho de la Unión Europea* (coord. SÁNCHEZ, V.M.), Huygens, Barcelona, 2010, pp. 257-264.

¹⁸³ Siguiendo la clasificación de LIÑÁN NOGUERAS, D.J., con MANGAS MARTÍN, A, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.*, pp. 87 y ss., cabe señalar, sin ánimo de exhaustividad, como hitos más destacados en materia de cooperación judicial los siguientes: la Creación del grupo de Trevi por el Consejo Europeo de Roma de 1975; la aprobación del Acta Única Europea, con la supresión de fronteras que supuso la creación del mercado único y ésta, a su vez, la necesidad de aumentar la cooperación – gubernamental- en materias de justicia e interior, con importantes avances en materia de cooperación judicial, siendo el máximo exponente de ello la aprobación del Acuerdo Schengen de 1985 de supresión gradual de controles de fronteras y el Convenio de Aplicación del mismo de 1990; el Tratado de Maastricht de 1992, que supuso la incorporación de cooperación penal y de interior a la recién creada UE

Este objetivo general se materializa y concreta, a su vez, en los siguientes objetivos, que han de alcanzarse en un marco de respeto a los derechos fundamentales y a los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los EEMM, conforme al artículo 67 TFUE:

- a) Garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y el desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores, basada en la solidaridad entre los EEMM, que sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países asimilando a éstos a los apátridas.
- b) Garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha contra ellos, mediante la coordinación y la cooperación entre autoridades políticas y judiciales y otras autoridades competentes; así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y si fuera necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.
- c) Facilitar la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.

Así pues, para alcanzar el espacio seguridad, la Unión empleará medidas de prevención y lucha contra la delincuencia, el racismo y la xenofobia, medidas de coordinación y cooperación administrativa y judicial, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal –piedra angular en la cooperación en esta materia-, y la aproximación de las legislaciones penales¹⁸⁴.

La finalidad perseguida por la Unión a la hora de ejercer esta competencia es conseguir un espacio común de justicia penal, al que se ha de llegar a través de la cooperación judicial basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones

a través del complejo sistema de pilares, y como materias de cooperación gubernamental al margen de la CE. Pero es, sin duda, el Tratado de Ámsterdam de 1997 el referente principal en la creación del ELSJ formulándose ya así como uno de los objetivos perseguidos por la UE, buena parte de las materias de configuraban el pilar relativo a la cooperación de justicia e interior se comunitarizan, quedando sólo las materias de cooperación judicial penal y policial en la estructura gubernamental junto al pilar relativo a la política exterior y de seguridad común.

¹⁸⁴ En este punto, conviene recordar que las políticas relativas al ELSJ presentan, además, una dimensión exterior, necesaria también para lograr las exigencias de seguridad previstas en el ELSJ. En este contexto cabe situar el Acuerdo SWIFT ((*Society for Worldwide Interbank Financial*) con Estados Unidos, para la transferencia de datos de mensajería financiera, con el riesgo para la afectación de las exigencias en materia de derechos fundamentales. Al respecto, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Seguridad y acción exterior de la Unión Europea: La creciente relevancia de la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 0, 2012, p. 146.

judiciales (art. 82.1 TFUE, en relación con el art. 3.2 TUE). Esta cooperación judicial incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los distintos Estados miembros en diversas materias de Derecho penal, tanto sustantivas como procesales.

En este sentido, la Comisión presentó su Comunicación “Hacia una política de Derecho penal en la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el derecho penal”¹⁸⁵, en la que justifica por qué debe actuar la UE en materia de Derecho penal, básicamente por los siguientes motivos: 1) Porque fomenta la confianza de los ciudadanos en el uso de las libertades fundamentales de la Unión, mediante una lucha más efectiva contra la delincuencia y la adopción de normas mínimas tanto en derechos procesales y procesos penales y derechos de las víctimas; 2) Porque muchos delitos graves se comenten de forma transfronteriza, existiendo un incentivo consistente en la posibilidad de los delincuentes de elegir el Estado con el sistema penal más benévolo en determinados ámbitos. Por ello, debe producirse una aproximación de las legislaciones penales de los EEMM que impida la existencia de estos “refugios seguros” para los delincuentes; 3) Porque se reforzará la confianza mutua entre las autoridades judiciales y los servicios represivos de los EEMM. Ello facilita el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Igualmente se facilitará la cooperación en cuanto a la utilización de medidas especiales de investigación en asuntos transfronterizos y 4) Porque contribuye a impedir y sancionar los delitos graves contra la legislación de la UE.

Igualmente, debe destacarse en este avance hace un espacio de justicia penal en el territorio de la Unión, la más reciente Comunicación de la Comisión “Avanzar en el programa de garantías procesales de los sospechosos o acusados de la Unión Europea - Fortalecer las bases del espacio europeo de justicia penal”¹⁸⁶. En ella la Comisión prevé un cambio sustancial en el paisaje del derecho penal de la UE, consecuencia de:

¹⁸⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 20 de septiembre de 2011. COM(2011) 573 final.

¹⁸⁶ COM(2013) 820 final de 27 de noviembre de 2013, (versión solo en inglés a la redacción de este capítulo), *Making progress on the European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects or Accused Persons – Strengthening the Foundation of the European Area of Criminal Justice*.

- 1) La aproximación de las legislaciones en materia de derechos y garantías procesales con las Directivas ya aprobadas y los proyectos que se están tramitando,
- 2) Del nuevo sistema a instaurar en toda la Unión para la persecución del fraude contra los intereses financieros de la UE,
- 3) De la finalización del período transitorio previsto en el Tratado de Lisboa para la asunción plena de competencias por la Comisión y por el TJUE en cooperación judicial penal y policiales.

En un entorno en el que la internacionalización de la criminalidad va en aumento, las medidas aprobadas sobre derechos y garantías procesales supondrán un aumento en la confianza mutua y un aumento en la solicitud y ejecución de las medidas de reconocimiento mutuo. Incluso, a más largo plazo, la Comisión apunta la posibilidad de una propuesta consolidada de derechos y garantías procesales más amplia, en lo que se deja entrever un proceso penal común para toda la UE que satisfaga el derecho a un juicio justo de forma general y no parcial.

5. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

El Consejo Europeo de Tampere de 1999 consideró al principio de reconocimiento mutuo la “piedra angular” de la cooperación judicial en materia civil y penal. Esta cooperación es indispensable para alcanzar el ELSJ perseguido. Ello ha convertido en eje de todas las políticas de la Unión en materia de cooperación judicial penal a este principio y si bien formalmente las instituciones lo ensalzan y proclaman cada vez que hay ocasión, lo cierto es que en la práctica, los Estados siguen siendo reticentes a su aplicación en toda su amplitud, pues el materia penal retienen sus competencias y no hay realmente una confianza en los ordenamientos penales de los otros Estados, cuyas legislaciones son dispares los unos de los otros. El principio de reconocimiento mutuo pasa por la confianza que las autoridades de un Estado, en especial las judiciales, tengan en los ordenamientos y autoridades de los otros Estados. Esta confianza puede verse aumentada si todos los Estados tienen un mismo nivel de garantías para los sospechosos y acusados.

En Tampere se pidió a la Comisión y al Consejo la adopción de un programa de medidas para la aplicación de ese principio, así como determinar en qué aspectos procesales sería necesario tener normas mínimas comunes para facilitar la aplicación de ese principio. Conforme a este mandato se presentó la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento “Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal”¹⁸⁷. Sobre la definición de este principio, señala la Comisión que:

“El reconocimiento mutuo es un principio que se suele entender basado en la idea de que mientras un Estado puede no tratar cierta materia de igual o similar modo que otro Estado, los resultados serán tales que se aceptarán como equivalentes a las decisiones del propio Estado. La confianza mutua es un elemento importante; no sólo confianza en la adecuación de las normas de los socios, sino también en que dichas normas se aplican correctamente.

Sobre la base de esta idea de equivalencia y de la confianza en que se funda, los resultados alcanzados en el otro Estado pueden surtir efecto en la propia esfera de influencia jurídica. Sobre esta base, una resolución adoptada por una autoridad en un Estado podría aceptarse como tal en otro Estado, aunque en éste ni siquiera exista una autoridad comparable, o no pueda tomar tales resoluciones, o hubiera tomado una resolución enteramente diferente en un caso comparable.

El reconocimiento de una resolución extranjera en materia penal puede comprenderse en el sentido de que surte efectos fuera del Estado en que se ha dictado, bien atribuyéndole los efectos jurídicos previstos por el Derecho penal extranjero, bien tomándola en consideración para que surta los efectos previstos por el Derecho penal del Estado de reconocimiento.

No siempre, aunque a menudo, el concepto de reconocimiento mutuo viene acompañado de cierto grado de normalización de la manera en que los Estados actúan. Es un hecho que tal normalización suele facilitar la aceptación de los resultados obtenidos en otro Estado. Por otra parte, el reconocimiento mutuo puede hacer innecesaria la normalización hasta cierto punto”.

De esta definición, varios son los conceptos que se apuntan y sobre los que conviene detenerse porque más de catorce años después, aunque se han producido avances, desde luego no se han alcanzado todos los que hubieran sido deseables para conseguir este pretendido espacio de “justicia”, con un elevado nivel de seguridad – dentro de la aspiración del ELSJ- al que se iba a llegar entre otras medidas “mediante el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal, y si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales” (art. 67.3 TFUE).

¹⁸⁷ COM(2000) 495 final. 26 de julio de 2000.

El reconocimiento mutuo no implica la existencia de normas similares, ni la amortización o la aproximación de las normas de los distintos Estados, algo que, sin duda, ayudará, pero no constituye un presupuesto necesario. Precisamente porque no existe esa equivalencia de normas, deben reconocerse efectos semejantes a las resoluciones de otros Estados en el Estado propio. Ello implica confianza en el otro ordenamiento, confianza por la adhesión de todos los Estados a los mismos valores en que se fundamenta la UE y que son comunes a todos ellos, como señala el artículo 2 TUE¹⁸⁸. De ahí que el éxito del reconocimiento mutuo pase porque los derechos fundamentales en toda la UE sean protegidos de manera equivalente por todos los EEMM. Como señala el profesor GARCÍA RIVAS¹⁸⁹, en tanto esa equivalencia no exista, el reconocimiento mutuo fracasará, como ocurrió, de hecho, con el proyecto de Decisión marco de 2004. No obstante, esta opinión no es unánime y en contra se señala que, específicamente en el ordenamiento jurídico-penal, la armonización penal y procesal se constituye en presupuesto previo del principio de reconocimiento mutuo¹⁹⁰. Lo cierto es que el éxito del principio de reconocimiento mutuo y que los EEMM acepten como propia y con todos sus efectos una resolución dictada por otro Estado, pasa necesariamente por el respecto de los derechos fundamentales en igual o muy similar modo en uno y otro Estado, en la aproximación de esas legislaciones, unos mismos tipos penales y unas mismas o similares penas y en la confianza que un Estado, sus tribunales, tengan en los de otro. Mientras un Estado no tenga la certeza –la confianza– que uno de sus nacionales será juzgado en otro Estado y en su caso, condenado, por unos hechos y con unas penas muy similares a las propias y con los mismos o derechos y garantías que tendría de ser juzgado en el Estado propio, difícilmente se avanzará en el espacio justicia.

Efectivamente, la protección a los derechos del individuo, particularmente de los derechos de defensa se configura como una condición material para la aplicación del

¹⁸⁸ Conforme al cual “La Unión su fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

¹⁸⁹ GARCÍA RIVAS, N., “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, en *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo* (Dir. Díez-Picazo, L.M. y Nieto Martín, A.), Civitas, Pamplona, 2010, p. 95.

¹⁹⁰ SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., “La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega”, *Revista Penal*, núm. 24-2009, Universidad de Huelva, p. 159.

principio de reconocimiento mutuo. No obstante esta condición material ha de tener unos límites estrictos, pues su apreciación no puede dejarse a los Estados por el riesgo de ser aplicado para la protección de sus intereses nacionales¹⁹¹.

De este modo, y aun cuando los instrumentos normativos que prevén el reconocimiento mutuo de resoluciones penales no contengan expresamente como motivo de denegación la vulneración de derechos fundamentales, la autoridad judicial requerida podrá denegar el reconocimiento cuando tenga la sospecha o el temor racional de que pueda vulnerarse el “orden público europeo”, entendido como el conjunto de derechos y libertades básicas, junto con sus respectivas garantías, conforme al CEDH y protocolos adicionales interpretados de acuerdo con la jurisprudencia del TEHD¹⁹².

En su Comunicación sobre Reconocimiento Mutuo, la Comisión indicaba ya las áreas que requerían normas mínimas comunes en el Derecho procesal para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Entre ellas, además de la protección a la víctima del delito¹⁹³, la protección del acusado en el procedimiento.

El principio de reconocimiento mutuo, en la actualidad, y tras el Tratado de Lisboa, siendo como viene proclamándose, la piedra angular de la cooperación judicial civil y penal, debe ser considerado no solo ya como ese principio sobre el que se articula el reconocimiento de decisiones judiciales sino también ‘-como señala la profesora GUZMÁN ZAPATER– como verdadero principio del Derecho originario¹⁹⁴.

¹⁹¹ TAUPIAC-NOUVEL, G., *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2011, p. 371.

¹⁹² DE HOYOS SÁNCHEZ, M. “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?, *RDCE*, núm. 22, septiembre/diciembre 2005, pp. 837-838.

¹⁹³ Sobre la protección a las víctimas, *vid.* MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *RDCE*, núm. 39, mayo/agosto, 2011, pp. 407-442. También, y en particular sobre la Orden Europea de Protección, regulada por la Directiva 2011/99/UE y su transposición al Derecho español, el análisis crítico de ARANGÜENA FANEGO, C., “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y transposición de la Directiva 2011/99/UE)”, *RDCE*, núm. 51, mayo/agosto 2015, pp. 491-535.

¹⁹⁴ GUZMÁN ZAPATER, M., “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *RGDE*, núm. 21, 2010, p. 18.

6. EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA *AD INTRA*: LAS INSTITUCIONES EUROPEAS Y SUS COMPETENCIAS PARA REGULAR LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES

6.1. Las instituciones europeas y los principios de equilibrio institucional y de cooperación leal

Admitida la competencia a favor de la UE para dictar normas relativas a los derechos y garantías de los sospechosos en los procesos penales cuando la Unión decida ejercerla, con exclusión de los Estados miembros, procede ahora analizar ya desde el ámbito interno de la Unión, las instituciones que tienen atribuida en concreto la competencia y en qué medida.

En materia de cooperación judicial en materia penal, hasta la reforma de los Tratados operada por el Tratado de Lisboa, desde la creación de la UE por el Tratado de Maastricht y la “estructura de los pilares”, la cooperación penal se encuadró en el tercer pilar¹⁹⁵, siendo la principal diferencia con el primer pilar (pilar comunitario) que éste funcionaba conforme al esquema de una organización internacional de integración (las tres comunidades), y los pilares segundo (Política exterior y de Seguridad Común) y tercero (Justicia y Asuntos de Interior) funcionaban conforme a los criterios clásicos de cooperación intergubernamental. Ello suponía que en este tercer pilar la adopción de actos jurídicos se llevaba a cabo por los procedimientos clásicos del Derecho Internacional (cooperación intergubernamental), y no por los órganos legislativos, propios de las CCEE (reservado a las materias del primer pilar).

Tras el Tratado de Lisboa se produce la plena comunitarización del antiguo tercer pilar, si bien con matices y reservas a favor de los Estados. En consecuencia, también en las materias de cooperación judicial penal y cooperación policial rigen los procedimientos comunitarios, en los que las instituciones comunitarias asumen las principales competencias sobre las mismas (si bien, como decimos, con muchas reservas a favor de los Estados o de aquellas instituciones en la que están representados los Estados).

¹⁹⁵ Primero como CAJI (Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior) y posteriormente, tras la comunitarización parcial de este pilar por el Tratado de Ámsterdam, como CPJMP (Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal).

El artículo 13 TUE, con el que se inicia el Título III dedicado a las instituciones de la UE, señala cuales son éstas y fija una serie de principios generales sobre las mismas disponiendo, en concreto lo siguiente:

“1. La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones.

Las instituciones de la Unión son:

El Parlamento Europeo,

El Consejo Europeo,

El Consejo,

La Comisión Europea (denominada en lo sucesivo «Comisión»),

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

El Banco Central Europeo,

El Tribunal de Cuentas.

2. Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal.

3. Las disposiciones relativas al Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas, así como las disposiciones detalladas sobre las demás instituciones, figuran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas”.

Este precepto recoge el principio de equilibrio institucional conforme al cual una institución sólo puede ejercer las competencias que expresamente tenga atribuidas y dentro de los límites y en las condiciones fijadas por los Tratados constitutivos. A la vez, y como manifestación de este principio, se presenta también el principio de cooperación leal entre las instituciones, lo que implica la necesidad de diálogo y colaboración entre ellas. Ello resulta esencial entre las tres instituciones que participan en el procedimiento de decisión, que deviene en una necesidad en el procedimiento legislativo ordinario que consiste básicamente en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión (art. 289.1 TFUE). Este es precisamente el procedimiento que

se aplica a la regulación de las normas mínimas relativas a los derechos y garantías procesales penales, si bien únicamente a través de Directivas. Incluso en este campo se exige, si cabe, mayor diálogo y cooperación entre las distintas instituciones, dada la exigencia de unanimidad requerida en esta materia por el artículo 82 TFUE. Se trata de una exigencia indirecta dada la posibilidad de veto suspensivo con que cuenta cualquier Estado en el seno del Consejo, a la hora de aprobar normas sobre estas y otras materias de la cooperación judicial penal, sin perjuicio del establecimiento, en caso contrario, de una cooperación reforzada si así lo quieren, al menos, nueve Estados miembros.

Seguidamente, se analizarán las concretas competencias o atribuciones que ejercen las distintas instituciones de la Unión, en particular, en la adopción de actos jurídicos en la materia de derechos y garantías procesales.

6.2. El Consejo

Sin duda alguna la principal competencia en materia de derechos y garantías procesales del Consejo es la de actuar de legislador junto al Parlamento. En este sentido, el artículo 82.2 TFUE establece expresamente tal competencia que se ejercerá mediante Directivas a través del procedimiento legislativo ordinario, consistiendo en unas normas mínimas que tendrán en cuenta las distintas tradiciones y los sistemas jurídicos de los EEMM. Para la aprobación en el seno del Consejo de estas normas no se establecen mayorías especiales, por lo que habrá que estar a la prevista con carácter general por el artículo 16.3 TUE, de la mayoría cualificada. No obstante conviene recordar que pese a no exigirse expresamente la unanimidad, es posible el veto suspensivo a la aprobación de estas normas en el seno del Consejo, cuando uno de los Estados considere que el proyecto de directiva en cuestión pueda afectar a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, sin perjuicio de que finalmente pueda salir adelante el proyecto vía cooperación reforzada, es decir, sin afectar a la totalidad de los EEMM y sin perjuicio de las especialidades y facultades de descuelgue concedidas a distintos EEMM.

Corresponde igualmente al Consejo establecer, a propuesta de la Comisión, las medidas que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación por

las autoridades de los EEMM de las políticas relativas al ELSJ, en particular, con el objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo, debiendo informarse del resultado de esta evaluación al Parlamento europeo y a los Parlamentos nacionales (art. 70 TFUE). Esta competencia se ejerce sin perjuicio de que la Comisión pueda demandar ante el TJUE a cualquier Estado cuando estime que incumple las obligaciones del Tratado (art. 258 TFUE), cuando tal demanda se presente por un Estado frente a otro (259 TFUE).

6.3. La Comisión

Como es sabido, la función primordial y general de la Comisión es la de promover el interés general de la Unión y tomar las iniciativas adecuadas para ello (art. 17.1 TUE). Esta institución es el verdadero motor de la UE, independiente de los Estados y de sus intereses particulares, siendo diversas las funciones encomendadas por los Tratados para la consecución de este interés general. No obstante, en relación con las iniciativas que pueda adoptar la Comisión en materia de derechos y garantías procesales, debe tenerse en cuenta que la definición de las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el ELSJ corresponde al Consejo Europeo (art. 68 TFUE).

La Comisión ejerce, en relación con los derechos y garantías procesales de los sometidos a un proceso penal dentro del procedimiento legislativo ordinario, la iniciativa legislativa que con carácter general le atribuye el artículo 17.2 TFUE¹⁹⁶. Sin embargo, no ostenta esta competencia en exclusiva, pues los EEMM han retenido también la iniciativa legislativa que ya tenían, si bien tras el Tratado de Lisboa se exige que sea ejercida por un número mínimo de Estados. Efectivamente el artículo 76 TFUE atribuye esta la iniciativa legislativa en este campo a la Comisión y a una cuarta parte de los EEMM¹⁹⁷, en lo que constituye una manifestación más de que el carácter

¹⁹⁶ Dispone el artículo 17.2 TUE que “Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados disponga otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados”.

¹⁹⁷ Así, el artículo 76 TFUE establece que “Los actos contemplados en los capítulos 4 y 5 [cooperación judicial en materia penal y cooperación policial], así como las medidas mencionadas en el artículo 74 que garanticen la cooperación administrativa en los ámbitos a que se refieren esos capítulos, se adoptarán: a) a propuesta de la Comisión, o b) por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros”.

gubernamental no ha desaparecido del todo en las materias del antiguo tercer pilar tras su comunitarización por el Tratado de Lisboa.

Esta dualidad en la iniciativa legislativa puede provocar ciertos recelos o prisas en quién sea el primero en presentar una propuesta legislativa. En este sentido, la Directiva relativa a los derechos a la traducción y a la interpretación (2010/64/UE) es fruto de la iniciativa presentada por un grupo de Estados¹⁹⁸, si bien inmediatamente la Comisión presentó su propio proyecto¹⁹⁹.

La Comisión cumple igualmente en este campo la función de actuar como guardiana de los Tratados, velando porque se apliquen éstos y las medidas adoptadas en virtud de éstos (art. 17.1 TUE). En este sentido, la Comisión debe verificar, cada dos meses, las medidas adoptadas por los EEMM para incorporar las Directivas aprobadas a sus ordenamientos jurídicos. Si un Estado no notifica estas medidas se abrirá un procedimiento previo por no comunicación, requiriendo al Estado que efectúe sus alegaciones a la vista de las cuales dictará un dictamen motivado y si el Estado no se atuviese al plazo para la transposición fijado en el mismo, la Comisión podrá interponer recurso ante el TJUE frente a ese Estado incumplidor, conforme al artículo 258 TFUE²⁰⁰.

Una manifestación más de su carácter de guardián de los Tratados y específicamente, ya para las políticas relativas al ELSJ se recoge en el artículo 70 TFUE y es la posibilidad de instar al Consejo para que adopte medidas que establezcan procedimientos que habrán de seguir los Estados en colaboración con la Comisión para evaluar objetiva e imparcialmente la aplicación por parte de las autoridades de los EEMM de dichas políticas, en particular con el objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo, piedra angular de la cooperación judicial.

¹⁹⁸ En concreto, de Bélgica, Alemania, Estonia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Portugal, Rumanía, Finlandia y Suecia (*DO C* 69 de 18 de marzo de 2010).

¹⁹⁹ COM(2010)0082.

²⁰⁰ España, en relación con la Directiva relativa al Derecho a la traducción y a la Interpretación, fue emplazada con fecha 29 de noviembre de 2013 para efectuar alegaciones por no haber transpuesto aún a al ordenamiento interno tal Directiva, dictándose dictamen motivado por la Comisión con fecha 10 de julio de 2014 (núm. Infracción: 20130371). Y en relación con la Directiva relativa a los derechos de información, igualmente ha sido emplazada para dar explicaciones por la no transposición en plazo con fecha 23 de julio de 2014 (núm. De infracción: 20140331). <<http://ec.europa.eu>>.

Por último conviene también subrayar la voluntad de la Comisión en el cumplimiento y aplicación por los Estados y las instituciones europeas de la CDFUE, apostando decididamente por la adhesión de la UE al CEDH. Entre tanto, recuerda que los derechos reconocidos en la Carta deben ser observados, con independencia del momento de la adhesión, por todas las instituciones de la UE y los Estados miembros tienen la obligación de interpretar la Carta a la luz de la jurisprudencia existente del TEDH. Efectivamente, su artículo 52.3 obliga a proporcionar el mismo sentido y alcance a los derechos que recoge que a los derechos contenidos en el CEDH en la medida que los derechos recogidos en ambos textos se correspondan, si bien -destaca la Comisión- que los derechos recogidos en la Carta poseen un alcance más amplio²⁰¹.

6.4. El Consejo Europeo

Como regla general, el Consejo Europeo, compuesto por los jefes de Estado o de Gobierno de los EEMM, así como por su presidente –elegido por el propio Consejo Europeo por mayoría cualificada- y por el Presidente de la Comisión, ejerce la función política general, tal y como se recoge en el artículo 15.1 TUE:

“El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades generales. No ejercerá función legislativa alguna”.

La *institucionalización* del Consejo Europeo llevada a cabo por el Tratado de Lisboa ha supuesto, además de la consagración de su supremacía política en la Unión, una ampliación del poder de los Estados en el sistema institucional europeo al duplicarse las instituciones de representación de éstos²⁰². Además, la específica previsión de no ejercer funciones legislativas, pretende consagrar una división de las tareas política y legislativa en el seno de la Unión.

²⁰¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe de 2014 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bruselas, 8 de mayo de 2015, COM(2015) 191 final.

²⁰² ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Tratado de Lisboa y la alargada sombra...”, *ob. cit.*, pp. 58 y ss.

No obstante, pese a no ejercer funciones legislativas, su incidencia en tal función, en las materia de derechos y garantías procesales, es importante. Así, junto a otras materias propias del ELSJ, se le atribuye un poder de decisión o de deliberación previa a la decisión, correspondiéndole definir “las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa” (art. 68 TFUE). De este modo se sustrae esta competencia a la Comisión, que es la institución que en otras materias elabora comunicaciones con este tipo de orientaciones. Igualmente y a modo de “legislador negativo”, tiene atribuido el poder de veto suspensivo en el procedimiento legislativo relativo a determinadas materias de cooperación judicial en materia penal, en particular, sobre “los derechos de las personas durante el proceso penal” (art. 82.2 y 3 TFUE).

Así pues, podemos concluir que las principales actuaciones que el Consejo Europeo puede llevar a cabo en materia de derechos y garantías procesales en el proceso penal son, además de la general de desarrollo e impulso político que ostenta en general, las particulares de definición de la programación legislativa y operativa en la materia y el ejercicio de veto suspensivo a la regulación que se pretenda llevar a cabo, lo que no deja de ser una manifestación más de que, pese a la comunitarización de la cooperación judicial en materia penal, subyace su naturaleza gubernamental propia del antiguo sistema de pilares. Los Estados han retenido, *de facto*, determinadas competencias en esta materia, manifestación, a su vez de las reticencias a ceder soberanía en materias tan sensibles como el proceso penal y los derechos y garantías de los sospechosos y acusados en el mismo.

6.5. El Parlamento

Hasta las modificaciones operadas en los Tratados por el Tratado de Lisboa, las competencias del Parlamento en cooperación judicial penal prácticamente se limitaban funciones consultivas. La comunitarización de las materias del antiguo tercer pilar – cooperación judicial penal y policial-, ha supuesto la extensión a las mismas del procedimiento de codecisión como procedimiento legislativo ordinario. En este sentido, en relación con las Directivas hasta ahora aprobadas, los proyectos, antes de su

tramitación para su aprobación ya habían sido consensuados entre Consejo y Parlamento, de modo tal que fueron aprobados en primera lectura²⁰³.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Parlamento se convierte en colegislador en todas aquellas materias relativas al ELSJ, incluida regulación de los derechos y garantías procesales penales. Y así todo instrumento normativo sobre derechos y garantías procesales necesitará la aprobación del Consejo y del Parlamento – a propuesta de la Comisión o de un grupo de EEMM-, conforme al procedimiento legislativo ordinario previsto en el artículo 294 TFUE. El acuerdo necesario entre ambas instituciones para que el acto o propuesta presentados salga adelante, obliga a aumentar las negociaciones, acuerdos y concesiones de modo tal que ante la ausencia de acuerdo el texto presentado por la Comisión o los Estados o, en su caso, enmendado por alguno de los colegisladores, no podrá adoptarse. Se trata de una manifestación más del principio de equilibrio institucional en su vertiente cooperación leal entre instituciones.

En el seno del Parlamento europeo ejerce un papel primordial el estudio y en su caso, modificación de los proyectos que le son remitidos la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, a través de los distintos informes que le corresponde emitir.

El Parlamento, además de la función de colegislador, en la medida en que no puede por sí mismo presentar iniciativas legislativas, puede instar a la Comisión –que tiene con carácter general la competencia de la iniciativa legislativa-, para que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que requiera, según el Parlamento, la elaboración de un acto comunitario (art. 225 TFUE).

Igualmente cabe destacar la facultad de examen y evaluación del PE en relación con los derechos fundamentales, en particular la previsión contenida en el artículo 48 de su Reglamento de llevar a cabo de forma anual tal examen y efectuar recomendaciones. En este sentido, en relación con los derechos y garantías procesales penales, la

²⁰³ Así, en relación con la Directiva relativa a los derechos de traducción e interpretación *vid.* la Posición del PE aprobada en primera lectura el 16 de junio de 2010 (P7_TC1-COD(2010)0801); para la Directiva relativa al derecho a la información en el proceso penal, *vid.* la Posición del PE, en primera lectura el 13 de diciembre de 2011 (P7_TC1-COD(2010)0215), DO de 14 de junio de 2013.

Resolución del Parlamento europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE (en el año 2009), “aplicación efectiva tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”²⁰⁴, señalaba entre *“los desafíos más urgentes para la nueva era [...] la creación de un marco a escala de la UE sobre derechos procesales para los sospechosos en diligencias penales...”*, así como *“...la promoción del justo equilibrio entre las libertades individuales y la seguridad colectiva, amenazado por nuevas formas de terrorismo y de delincuencia organizada...”*.

Por último, debe destacarse el papel del Parlamento europeo en la evaluación y supervisión de las políticas de la UE en el ejercicio y desarrollo de las políticas relativas al ELSJ por parte de los EEMM, con el objetivo fundamental de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo. El Parlamento debe ser informado del resultado de esta evaluación que llevará a cabo el Consejo en colaboración con la Comisión (art. 70 TFUE).

Así pues, el mayor papel otorgado tras el Tratado de Lisboa al Parlamento, tanto en su función de colegislador como de control, supone una respuesta a las críticas sobre las deficiencias democráticas que hasta entonces presentaban las políticas relativas a la cooperación judicial en materia penal²⁰⁵, en general y en particular, en materia de derechos y libertades del individuo sujeto a una investigación penal.

6.6. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Frente a las limitadas competencias que el Tribunal de Justicia tenía con anterioridad al Tratado de Lisboa para pronunciarse en los temas relativos a la cooperación judicial en materia penal y cooperación policial, las modificaciones operadas en los Tratados han extendido, con carácter general, su jurisdicción para poder pronunciarse sobre la interpretación y validez de todos los actos legislativos adoptados en materias del ELSJ, incluida la cooperación judicial penal, básicamente a través del recurso por incumplimiento previsto en los artículos 258 y siguientes del TFUE, si bien para ello debía transcurrir un período de cinco años desde la entrada en vigor del

²⁰⁴ 2012/C 169 E/07. DO de 15 de junio de 2012.

²⁰⁵ CARRERA, S., y GEYER, F., “El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad...”, *ob. cit.*, p. 140.

Tratado de Lisboa, circunstancia que ya ha ocurrido²⁰⁶. El Tribunal conoce igualmente de los recursos por violación del principio de subsidiariedad por un acto legislativo interpuesto, conforme a los procedimientos previstos en el artículo 263 TFUE, por un Estado miembro o transmitidos por éstos en nombre de su Parlamento nacional²⁰⁷.

No obstante, se han mantenido dos importantes limitaciones al pleno conocimiento en materia de cooperación judicial penal y policial. Así, en primer lugar, la imposibilidad del Tribunal de pronunciarse sobre la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios de los EEMM con funciones coercitivas y sobre el ejercicio de las responsabilidades que incuban a los Estados respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior (art. 276 TFUE). La segunda limitación –antes apuntada-, de carácter temporal ya superada, difería el conocimiento por parte del TJUE en estos mismos asuntos cinco años, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (art. 10 del Protocolo núm. 36 anejo a los Tratados).

Una novedad importante, desde el punto de vista procedimental, lo constituye la figura del *reenvío prejudicial* que se convierte en el principal instrumento de dialogo y cooperación leal entre los tribunales nacionales –en todos sus órdenes y niveles- y el TJUE²⁰⁸. Ahora, cualquier tribunal nacional podrá acudir al reenvío prejudicial y a través de la cuestión prejudicial, plantear al TJUE las dudas sobre la interpretación y validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE en materias relativas al ELSJ, si fuese necesario para resolver el asunto de que estén conociendo (art. 267). Junto a la cuestión prejudicial “ordinaria”, en materias propias del ELSJ se prevé la posibilidad de que los tribunales nacionales planteen una cuestión

²⁰⁶ Efectivamente, el Protocolo anejo a los Tratados sobre las disposiciones transitorias establecía en su artículo 10 un período de cinco años, desde la entrada en vigor de los tratados, para la efectividad de las nuevas competencias otorgadas por Lisboa a la Comisión y al Tribunal de Justicia en las materias de cooperación judicial penal y policial (a partir del 1 de diciembre de 2014).

²⁰⁷ Artículo 8 del protocolo anejo a los Tratados, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

²⁰⁸ FAGGIANI, V., “¿Hacia la ‘constitucionalización’ de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa”, *Estudios de Deusto*, Vol. 60/2, julio-diciembre 2012, pp. 256-257.

prejudicial “urgente” cuando la persona afectada por el procedimiento esté privada de libertad.

De este modo, y a través de las cuestiones prejudiciales, el TJUE contribuirá a la unificación y armonización de los derechos y garantías procesales penales, desde la óptica del Derecho de la Unión y el respeto a sus principios fundamentales²⁰⁹. Pero también, sin olvidar que el materia de derechos fundamentales el mínimo común y punto de partida de toda regulación llevada a cabo en la Unión emana del CEDH y la interpretación que del mismo efectúa otro Tribunal, el TEDH²¹⁰ que sigue siendo la última instancia en esta materia en tanto que intérprete del Convenio, según lo dispuesto en el mismo²¹¹. Efectivamente, se ha dicho que el TJUE ha renunciado a formular sus propios estándares de derechos fundamentales, dada su cercana dependencia a la jurisprudencia del TEDH. También, se ha señalado que el Tribunal de Luxemburgo, en sus consideraciones, a menudo, no ha sido muy sensible hacia los derechos fundamentales, lo que ha tenido la ventaja de no darle un papel de órgano específico de protección de derechos fundamentales, evitando así una competencia en este punto con los tribunales nacionales²¹². Veremos en la nueva etapa, transcurrida la limitación temporal al conocimiento del Tribunal de las materias relativas a la cooperación judicial penal, si este “préstamo” jurisprudencial entre ambos Tribunales sigue existiendo o, por el contrario, el TJUE genera una jurisprudencia propia, en particular, en los derechos fundamentales de naturaleza procesal penal.

²⁰⁹ Otro aspecto a tener en cuenta una vez que el TJUE se pronuncie, en concreto sobre los derechos y garantías procesales, será cómo afectará a las jurisprudencias constitucionales de los EEMM en los que, como España, presentan un sistema de interpretación constitucional concentrado, en los que existiendo ya una consolidada sobre determinado derecho fundamental, pueda ahora verse en algún punto contradicha por el TJUE. Aspecto éste ya apuntado, en relación con el proyecto de Constitución europea por GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, *Ámbitos: revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, núm. 12, 2004 (Ejemplar dedicado a: La construcción de Europa: pasado, presente y futuro), pp. 73-82.

²¹⁰ Sobre las relaciones entre el TEDH y el TJUE *vid. supra*, apartado 1.7 de este mismo capítulo.

²¹¹ En este sentido, el artículo 32.1 CEDH establece que “La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos...”.

²¹² VON BOGDANDY, A., “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales” (Traducción de SERNA DE LA GARZA, J.M.), *RGDE*, núm. 22, 2010, p. 61.

6.7. Otros órganos e instituciones

6.7.1. Los Parlamentos nacionales

El título II del TUE, bajo la rúbrica “Disposiciones sobre los principios democráticos”, recoge en su artículo 12 que “Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión”, en lo que se considera una manifestación más del reforzamiento del poder de los Estados en los proceso de decisión normativa²¹³, otorgándoles una serie de competencias dentro de este poder legislativo. Igualmente recibe cometidos de vigilancia y control en el ejercicio por parte de la Unión de determinadas políticas del ELSJ²¹⁴.

En relación con el procedimiento legislativo, los Parlamentos nacionales serán informados y recibirán notificación por parte de la Unión de todos los proyectos de actos legislativos. Pero, sin duda, la competencia más importante que están llamados a ejercer los Parlamentos nacionales en el procedimiento legislativo es el control del cumplimiento del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones de la UE, conforme a lo previsto en los artículos 12 TUE y 69 TFUE. Éste se refiere, específicamente, a las políticas relativas a la cooperación judicial en materia penal y policial. Este control se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en el protocolo anejo a los Tratados sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Ya hemos visto anteriormente, al analizar el principio de subsidiariedad, el procedimiento mediante el cual los Parlamentos nacionales llevan a cabo el control de

²¹³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Tratado de Lisboa y la alargada sombra...”, *ob. cit.*, p. 63.

²¹⁴ Esta participación activa de los Parlamentos nacionales se llevará a cabo, según el artículo 12 TUE, a) mediante la información que reciban por parte de la Unión de todo proyecto de acto legislativo; b) por el ejercicio del control del principio de subsidiariedad; c) por la participación en los mecanismos de evaluación de las políticas relativas al ELSJ, ejerciendo también el control político sobre Europol y la evaluación de las actividades de Eurojust; d) participando el procedimiento de revisión de los Tratados; e) siendo informados de las solicitudes de adhesión y f) participando en la cooperación interparlamentaria junto al PE.

su cumplimiento por parte de la Comisión, básicamente conforme al procedimiento previsto en el artículo 7 del protocolo anejo²¹⁵.

Al igual que el Parlamento europeo, los Parlamentos nacionales serán informados del resultado de la evaluación objetiva e imparcial para comprobar la aplicación por parte de los EEMM de las políticas relativas al ELSJ, con el objetivo primordial de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo (art. 70 TFUE).

6.7.2. Los órganos consultivos: el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social.

El Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social asisten al Parlamento, al Consejo y a la Comisión ejerciendo funciones consultivas. Sus miembros, que no están vinculados por mandato imperativo, deben ejercer sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión (art. 300 TFUE).

Ambos órganos serán consultados por el Parlamento, por el Consejo o por la Comisión en aquellos casos expresamente previstos en los Tratados o, cuando sin estarlo, estas instituciones lo consideren oportuno. En materia de derechos y garantías procesales penales no está prevista esta consulta preceptiva, lo que no impide que lo sea con carácter facultativo. Ambos comités pueden también, sin esperar a ser requeridos, emitir dictámenes cuando lo juzguen oportuno (arts. 304 y 307 TFUE). En cualquier caso, los informes emitidos no tienen carácter vinculante para la institución que los interesó.

²¹⁵ El artículo 7 atribuye a cada Parlamento nacional dos votos. Cada Parlamento deberá pronunciarse sobre el respecto del proyecto de acto legislativo al principio de subsidiariedad. Cuando los dictámenes motivados de los Parlamentos que concluyan que el acto legislativo no se ajusta a tal principio representen al menos un cuarto del total de los votos atribuidos a los Parlamentos, el proyecto deberá volverse a estudiar. Tras el nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de EEMM proponente, podrán decidir mediante decisión motivada el mantenimiento, la modificación o la retirada del proyecto. Y cuando el porcentaje de votos que nieguen el respeto al principio de subsidiariedad alcance, al menos, la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales y la Comisión decide mantener la propuesta de acto legislativo, el legislador (Consejo y Parlamento) deberán pronunciarse con carácter previo sobre la compatibilidad de la propuesta presentada con el principio de subsidiariedad, rechazándose la misma si por mayoría del cincuenta y cinco por ciento de los miembros del Consejo o por mayoría de votos emitidos del PE se considera que la propuesta efectivamente no es compatible con el principio de subsidiariedad.

Pese a este carácter no preceptivo, el Consejo y el Parlamento han solicitado informe al Comité Económico y Social durante la tramitación de los proyectos de Directivas adoptados en materia de derechos y garantías procesales²¹⁶.

6.7.3. La Agencia Europea de los Derechos Fundamentales

El Reglamento 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007²¹⁷, creó la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fijando entre sus objetivos el asesoramiento y asistencia a los distintos órganos e instituciones de la UE en materia de derechos fundamentales en la aplicación del Derecho de la Unión. La Agencia debe pues, a través de su labor, ayudar a esas instituciones y órganos a que sean respetados tales derechos entre los que se encuentran los derechos y garantías procesales penales recogidos en las medidas del Plan de trabajo de 2009.

La función asesora en este campo se revela esencial para la Agencia. Pero además de este asesoramiento previo –ya existen otros órganos consultivos que informan a las instituciones durante los trabajos preparatorios de una norma-, la Agencia está llamada a desempeñar un papel fundamental en un momento posterior, cuando las normas –las distintas Directivas- ya estén aprobadas y haya expirado el plazo de transposición para determinar si los EEMM, uno a uno, han llevado a cabo efectivamente las medidas establecidas en las normas, no sólo formalmente, mediante la adecuación de su ordenamiento jurídico, sino y sobre todo de un modo real y efectivo.

²¹⁶ Así, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia, y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales, la Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales y a la Propuesta de Directiva relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea, de 25 de marzo de 2014 (2014/C 226/12) DO de 16 de julio de 2014. Con anterioridad, y en relación con la Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre sobre el derecho de acceso a un abogado y derecho de comunicación en el momento de la detención, puede consultarse el Dictamen SOC/424 – CESE 1856/2011 – 2011/0154 (COD) de 7 de diciembre de 2011, y respecto a la Directiva 2012/13/EU de 22 de mayo de 2012 sobre derecho a la información en los procesos penales el Dictamen COM(2010) 392 final - 2010/0215 (COD) de 8 de diciembre de 2010, todos ellos en <www.eesc.europa.eu>.

²¹⁷ DO L 53 de 22 de febrero de 2007. La Agencia, que está en funcionamiento desde el 1 de marzo de 2007 y sede en Viena, sucedió jurídicamente al Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, asumiendo todos los derechos y obligaciones legales y los compromisos financieros de aquél.

Se debe analizar el grado de cumplimiento y respeto a los derechos fundamentales, conforme a la nueva regulación de la que han sido objeto por parte de la UE.

En este sentido, la Comisión encargó a finales de 2014 a la Agencia un informe sobre las prácticas de los Estados en la aplicación de las dos Directivas cuyo plazo de transposición ya había finalizado: la Directiva relativa al derecho a interpretación ya traducción en los procesos penales (2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010), y la Directiva sobre el derecho a la información en los procesos penales (2012/13/ UE de 22 de mayo de 2012). La recogida de datos se basará principalmente en la investigación documental que lleven a cabo sobre las leyes, las políticas y las prácticas en cada EM. Los resultados, previsiblemente, serán presentados a principios de 2016²¹⁸. En el estudio se tendrá muy presente el marco jurídico existente, delimitado tanto por el artículo 6 CEDH, como por el artículo 47 CDFUE²¹⁹.

7. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

El artículo 82 TFUE, con el que se inician las disposiciones específicas de este Tratado sobre la cooperación judicial en materia penal, establece los parámetros conforme a los cuales pueden ser reguladas estas materias. En primer lugar, es necesario que concurra el presupuesto objeto de que la regulación que se pretende sea necesaria para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. En segundo lugar, es preciso que la regulación que se lleve a cabo sea de mínimos (normas mínimas, se dice en todo momento). Y finalmente, se establece que el procedimiento legislativo a seguir será el ordinario, si bien únicamente a través de Directivas. No obstante, si es el régimen general elegido, son varias las especialidades que el Tratado de Lisboa prevé para el desarrollo de las materias relativas al ELSJ. Básicamente, cabe

²¹⁸ *Vid.*, en particular, <<http://fra.europa.eu/en/project/2015/ight-interpretation-and-translation-and-right-information-criminal-proceedings-eu>>.

²¹⁹ Sobre la evolución de la Agencia desde su creación y el importante y fundamental sistema de cooperación institucional que se ha ido estableciendo entre UE y Consejo de Europea (cooperación formal y también a través de cauces informales) y la consiguiente retroalimentación en sus respectivas políticas, *vid.* PÉREZ BERNÁRDEZ C., “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa”, *RDCE*, núm. 51, mayo/agosto, pp. 573-610.

hablar de las siguientes especialidades o matizaciones al régimen general previsto en el artículo 294 TFUE²²⁰: 1º) las mayorías necesarias para la aprobación; 2º) la posibilidad de suspensión del procedimiento legislativo por parte de un Estado y la posibilidad de seguir sólo algunos mediante el mecanismo de la cooperación reforzada y 3º) el mantenimiento de la iniciativa legislativa también por parte de un grupo de Estados, además de la Comisión.

En cuanto a las mayorías, dentro de la cooperación judicial, el artículo 82 TFUE no exige expresamente, en el seno del Consejo, una mayoría específica para la aprobación de las Directivas que puedan adoptarse en relación de los derechos de las personas durante el proceso penal²²¹, lo que unido a la remisión al procedimiento legislativo ordinario para su adopción que hace el mismo artículo, nos lleva al artículo 294 TFUE y a las mayorías allí exigidas para la aprobación de estas normas (mayoría cualificada en determinados supuestos, unanimidad en otros, por parte del Consejo). Sin embargo, en la práctica, dado el sistema de “freno-acelerador” que el propio artículo 82.3 TFUE reconoce a los EEMM, la mayoría necesaria sería la unanimidad, en la medida que cualquier Estado puede suspender primero el procedimiento legislativo e incluso la finalización y abandono después, ante la falta de unanimidad en el seno del Consejo, ello sin perjuicio de que la directiva pueda salir adelante obligando sólo a algunos EEMM –no evidentemente al que se opuso- a través del mecanismo de la cooperación reforzada. En cuanto a la mayoría exigible para la aprobación por parte del Parlamento habrá que estar a las previstas con carácter general en el artículo 294 TFUE.

Como segunda especialidad, el procedimiento legislativo ordinario para la aprobación de las Directivas en las materias a que se refiere el artículo 82.2 TFUE²²², presenta el sistema de freno-acelerador previsto en el artículo 82.3 TFUE. Este sistema permite que cualquier Estado miembro que considere que un proyecto de directiva en estas materias puede afectar “...a aspectos fundamentales de su sistema de justicia

²²⁰ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., y MANGAS MARTÍN, A, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea, ob. cit.*, pp. 108 y 109.

²²¹ Para la aprobación de otros elementos del procedimiento penal, distintos a la admisibilidad mutua de pruebas, a los derechos de las víctimas y los derechos de las personas sujetas a un proceso penal, es necesaria la unanimidad del Consejo, previa aprobación por el PE (art. 82.2 d. TFUE).

²²² Admisibilidad mutua de pruebas entre los EEMM, los derechos de las personas durante el proceso penal, derechos de las víctimas de los delitos y aquellos otros elementos del proceso penal previamente definidos mediante decisión del Consejo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento.

penal...” pueda paralizar el procedimiento legislativo por un período de cuatro meses, con remisión del proyecto de directiva al Consejo Europeo, para debate en su seno. De ahí la idea antes apuntada de la necesaria unanimidad por parte del Consejo para la aprobación de estas Directivas. De alcanzarse el consenso entre los EEMM en ese plazo de cuatro meses, se devolverá el proyecto y continuará la tramitación del mismo. De no alcanzarse, si al menos nueve EEMM lo solicitan, la propuesta de directiva podrá continuar y salir adelante, a través del mecanismo de la cooperación reforzada, entendiéndose concedida la autorización por parte del Consejo para llevarla a cabo que, en otro caso, exigiría unanimidad por parte de éste (art. 239 TFUE). La decisión que así se adopte vinculará únicamente a los Estados que hayan participado en esa cooperación reforzada y los actos así adoptados no se considerarán acervo que deban ser aceptados por Estados candidatos a la adhesión a la unión (art. 20. TUE).

Ahora bien, debe recordarse que la cooperación reforzada es un último remedio al que acudir, dadas las negativas consecuencias en orden a la uniformidad del ordenamiento jurídico de la Unión, siendo un elemento más de fragmentación del mismo. Recordemos, en este sentido, que el artículo 20.2 TUE condiciona –con carácter general- la autorización para acudir a la cooperación reforzada a que “...se haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto...”.

No obstante, y desde una posición más realista, en el que cada vez más parece difícil encontrar consensos y unanimidades en materias tan sensibles como los derechos y garantías procesales, parece que el mecanismo de la cooperación reforzada y otras medidas como los tratados internacionales –incluso en una organización de integración como la UE- se revelan como los instrumentos útiles, siempre que se respete el Derecho de la Unión. Como augura ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, en el futuro, el modelo unitario de integración europea se verá acompañado por otros modelos más flexibles²²³.

²²³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos *inter se* en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?”, *La Ley Unión Europea*, octubre, 2013, pp. 5-28.

Finalmente, como última especialidad, hemos indicado la posibilidad de iniciativa legislativa que mantienen los EEMM en las materias ELSJ, como reminiscencia del antiguo tercer pilar gubernamental, de modo tal que la iniciativa legislativa en estas materias no la tiene en exclusiva la Comisión. Así, el artículo 76 TFUE prevé que los actos relativos a la cooperación policial y penal en materia penal se adoptarán a propuesta de la Comisión o por iniciativa de la cuarta parte de los EEMM.

8. LA DIRECTIVA COMO INSTRUMENTO NORMATIVO A UTILIZAR EN ESTE ÁMBITO

Dentro de las fuentes que el TUE (versión Maastricht) estableció en las materias de cooperación policial y judicial en materia penal, integrantes del tercer pilar, se estableció la denominada “acción común JAI”, consistente en una acción coordinada de los EEMM para alcanzar los objetivos perseguidos por la UE, por considerarse que esta acción en común era más eficaz para alcanzar tales fines que la actuación aislada de cada uno de los Estados. El Tratado de Ámsterdam, aun manteniendo la cooperación judicial en materia penal entre las materias del tercer pilar –gubernamental-, suprimió este fuente normativa del tercer pilar, sustituyéndola por las “decisiones” y las “decisiones marco” con la intención de que estos instrumentos resultasen más eficaces para alcanzar los objetivos perseguidos en materia de cooperación judicial penal y policial.

La Decisión marco se configuraba como la fuente para conseguir la aproximación de las legislaciones de los EEMM en las materias propias del tercer pilar. Para su aprobación requerían la unanimidad de todos los EEMM. La Decisión marco obligaba a los Estados en cuanto al resultado a conseguir pero dejando libertad a éstos en la elección de los medios o fuentes normativas internas para alcanzarlo, del mismo modo que la directiva como fuente normativa de las materias propias del primer pilar. Pese a la similitud de ambas fuentes normativas (Directiva y Decisión marco), el TUE expresamente preveía la imposibilidad de que las decisiones marco pudiesen, ante la ausencia de transposición por los EEMM, desplegar el efecto directo como sí ocurre con las Directivas, en determinados supuestos.

Así, la Decisión marco fue el instrumento normativo utilizado para conseguir la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de extradición entre los distintos EEMM con la aprobación de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros, de 14 de junio de 2002, consiguiendo la supresión entre ellos del procedimiento clásico de extradición y su sustitución por un sistema judicial sin injerencias políticas. No obstante, no han sido pocos los problemas presentados entre el Derecho interno de algunos EEMM y esta Decisión marco, llegando distintos tribunales nacionales -Chipre, Alemania, Polonia, Bélgica- a cuestionar su alcance en el Derecho interno. En el fondo, y conforme a la definición de la Decisión marco en el TUE entonces vigente, se perseguía también –con estos cuestionamientos- el objetivo de eliminar parcialmente las consecuencias de la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno²²⁴.

Sin embargo, el intento de aproximación de las legislaciones estatales en materia de derechos y garantías de los sospechosos y acusados en el proceso penal, también mediante Decisión marco, fracasó tras más de tres años de negociaciones entre los Estados.

Pues bien, el sistema de fuentes en materia de cooperación judicial en materia penal, hasta entonces vigente,²²⁵ cambia sustancialmente con el Tratado de Lisboa. La comunitarización llevada a cabo en las materias que aún integraban el tercer pilar (cooperación policial y judicial penal) ha supuesto la extensión del sistema de fuentes comunitarias también a estas materias, con la consiguiente desaparición de las decisiones marco, como fuente normativa, sin perjuicio del mantenimiento en vigor de las ya aprobadas hasta tanto se produzca su modificación, anulación o derogación²²⁶. Son muy numerosas las decisiones marco aprobadas durante los años 2008 y 2009 en materias de cooperación policial y judicial penal, si bien como hemos dicho, no

²²⁴ CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *REEI*, núm. 14, 2007, p. 17.

²²⁵ El artículo 34 TUE –versión Tratado de Ámsterdam- recogía como actos jurídicos para el desarrollo de las materias de cooperación policial y judicial penal las posiciones comunes, las decisiones marco, las decisiones y los convenios, a los que hay que añadir los convenios internacionales celebrados entre la UE terceros Estados previstos en el artículo 24 TUE.

²²⁶ Artículo 9 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias anejo al TUE y TFUE.

consiguió salir adelante la propuesta de Decisión marco sobre derechos y garantías procesales de 2004 en sus distintas versiones.

Los Tratados no han previsto que el reglamento pueda ser la norma a utilizar en desarrollo de las políticas relativas a la cooperación judicial penal pese a que tal norma no es ajena a las materias del ELSJ. Así, en materia de prevención y lucha contra el terrorismo y actividades relacionadas, el artículo 75 TFUE prevé la posibilidad de adoptar reglamentos por el procedimiento legislativo ordinario que establezcan medidas de índole administrativo sobre movimientos de capitales y pagos.

La directiva también es el instrumento normativo elegido para la regulación que pueda llevarse a cabo para la definición de infracciones penales y sanciones en determinados ámbitos delictivos conforme a lo previsto en el artículo 83 TFUE. Vemos, pues, que tanto para las medidas que puedan adoptarse en Derecho penal procesal como en el sustantivo, los Estados han retenido para sí, la decisión última sobre la aplicación de estas materias en sus respectivos países, decidiendo en última instancia, no solo el modo en que se concretan y aplicarán las disposiciones de las Directivas que se aprueben en estas materias, sino también la propia decisión de su aplicación, reteniendo o retrasando la decisión de transposición, sin perjuicio de las acciones de la UE o de los ciudadanos para intentar conseguir que la norma despliegue sus efectos. Este riesgo sería más fácil de evitar, si la regulación de estas políticas se hubiese previsto mediante el reglamento.

Así pues, la utilización de la directiva como instrumento normativo para regular los derechos y garantías procesales, en lugar del reglamento, supone un obstáculo a la finalidad inicialmente perseguida: el aumento de la confianza mutua entre los distintos Estados. Dificilmente puede aumentarse esta confianza cuando los Estados no han transpuesto en plazo la directiva. Los Estados cumplidores necesariamente desconfiarán de aquéllos otros que al no transponerla en plazo no ofrecerán a sus ciudadanos los estándares de protección que estos Estados, por el contrario, sí vendrán obligados a dispensar a los nacionales de aquéllos. Esta circunstancia no se produciría de ser el reglamento el instrumento utilizado al venir su entrada en vigor impuesta por la propia norma, sin precisar, además, de acto interno de transposición alguno. Recordemos que,

conforme al artículo 288 TFUE, “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”; frente a lo que ocurre con la directiva que, únicamente, obliga a los Estados “en cuanto al resultado que debe conseguirse” pero dejando en mano de los Estados “la forma y los medios”. Ello pese a que en los últimos años –como apunta la profesora MILLÁN MORO- hay una tendencia clara a primar el reglamento frente a la directiva, que se explica por la propia Comisión destacando sus ventajas: aplicación uniforme sin necesidad de transposición, justificando la sustitución de Directivas por reglamentos en aras a la simplificación²²⁷.

Otro inconveniente de la utilización de la directiva es, aun cuando haya sido transpuesta en plazo, el riesgo –como ha ocurrido otras veces en relación con la transposición de las decisiones marco-, de que los tribunales constitucionales u órganos jurisdicciones internos con competencia para ello, declaren que la normativa por la que se ha transpuesto la directiva vulnera sus Constituciones. Así ocurrió en Alemania, Polonia y Chipre con la transposición de la Decisión marco que estableció la ODE. Efectivamente, llegado el momento de su aplicación, el Tribunal Constitucional alemán declaró que la Ley que la transponía no se ajustaba a su Ley Fundamental, pues no obstante la modificación operada para permitir la extradición de sus nacionales, estimó que se habían superado los límites impuestos por ésta para tal extradición²²⁸. También el Tribunal Supremo de Chipre, así como el Tribunal Constitucional de Polonia, declararon no ajustadas a sus textos constitucionales las respectivas normas de transposición. Esto tampoco hubiera ocurrido si el instrumento normativo utilizado hubiese sido el reglamento que, al no precisar de norma para ser transpuesto al ordenamiento interno, no es susceptible de control constitucional por parte de los tribunales internos, sin perjuicio de la posibilidad de cuestionarse su adecuación al Derecho comunitario y plantear la cuestión al TJUE.

²²⁷ MILLÁN MORO, L., “El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *RDCE*, núm. 36, 2010, p. 436.

²²⁸ Con detalle, *vid.* SERRANO MASIP, M., “Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Sala Segunda, de 18 de julio de 2005, acerca de la Ley sobre la Orden de Detención Europea”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 4/2006 (edición digital).

9. LA SOBERANÍA NACIONAL COMO FRENO A LA ARMONIZACIÓN EN LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES

9.1. La necesaria armonización del Derecho penal. Avances y reticencias

La armonización de los derechos y garantías procesales penales en la UE no puede considerarse aisladamente, sin tener en cuenta que se inserta dentro de la categoría más general que supone la armonización del Derecho Penal en la UE o, al menos, la armonización de determinados sectores del mismo. El avance que se produzca en estas materias irá parejo al que tenga lugar, en general, en materia de Derecho penal, en sus aspectos tanto sustantivos como procesales.

Partiendo, pues, de esta estrecha vinculación, la armonización del Derecho penal en la UE, se configura como un proceso “delicado y políticamente controlado”²²⁹, consecuencia de la estrecha vinculación entre el Derecho penal y el concepto clásico de Estado-nación, caracterizado por los elementos de la territorialidad nacional, la política criminal nacional y la soberanía nacional. Precisamente, la idea de soberanía constituye un primer obstáculo a la armonización del Derecho penal. Ejercer la justicia, sobre todo la justicia penal, es un atributo de la soberanía, como lo es la gestión de la política exterior o el control de la moneda, aunque este último ámbito tradicional de manifestación de soberanía de los Estados ha sido trasvasado por alguno de ellos a la UE (eurozona).

Mientras que los EEMM se esfuerzan en el proceso de unificación asumiéndolo ya como algo propio de la cultura europea, en la que se comparten valores como el respeto a los derechos humanos o el Estado de Derecho, a la vez, este proceso unificador choca o se ve frenado por la idea de la nación (de la soberanía) e incluso por la poderosa y legítima idea de una Europa de las naciones²³⁰. Efectivamente existe una tensión en este proceso, de un lado, las medidas que tienden a la integración y de otro,

²²⁹ CSONKA, P., “Armonización del Derecho penal en la UE” (traduc. DE LA CUEST J.L.), en AAVV *European Inkings*, núm. 2, 2013, Monográfico sobre Armonización penal en Europa. Instituto Vasco de Administración Pública, p. 22.

²³⁰ PRADEL, J., y CORSTENS, G., *Droit pénal européen*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 2002, p. 3.

los Estados, que siendo los promotores de ese proceso de integración, a la vez en muchas ocasiones, son reticentes a adoptar las medidas por ellos acordadas para la integración. El concepto de soberanía –máxime en este contexto- debe ser entendido como un concepto dinámico y relativo, pero manteniendo como núcleo esencial su operatividad y la capacidad de cooperación entre los distintos Estados²³¹, sin que pueda erigirse en un obstáculo.

En el Derecho penal, descartada o apartada por el momento la idea de la *unificación* bajo unos mismos códigos a nivel de toda la UE, los esfuerzos en estos campos se centran en conseguir la *armonización*, mediante Directivas, de los distintos ordenamientos, tanto de las normas sustantivas (determinadas conductas delictivas, las más graves o aquellas con mayor incidencia en las políticas competencia de la UE), como de las normas procesales, para conseguir que el alcance, extensión y modo de ejercicio y actuación de los poderes públicos en relación con determinados derechos y garantías procesales sea homogéneo en los distintos Estados. Pero tampoco la idea de la armonización está exenta de las reticencias por parte de los Estados que, nuevamente en este campo, aparecen recelosos a la hora de ceder sus facultades de decisión, en definitiva, son reacios a la cesión de soberanía a favor de las instituciones de la UE. Ejemplo de ellos son las Decisiones marco en materia penal (entonces todavía en el marco del tercer pilar) que una vez aprobadas, posteriormente un buen número de ellas no fueron transpuestas por los Estados a los Ordenamientos internos. Tampoco los Convenios de cooperación entre los Estados elaborados bajo los auspicios de la UE eran posteriormente ratificados.

No obstante, no hay que olvidar los importantes avances en la armonización del Derecho penal. En general, no son todos los deseados o los formalmente proclamados por los propios Estados, pero sin duda existe un cuerpo de normas de naturaleza penal europea, de modo que no resulta ya una figura retórica hablar de un *Derecho Penal Europeo* con una incidencia efectiva en ámbitos como la lucha y prevención de la trata de seres humanos, la protección del medio ambiente, con medidas incluso de naturaleza

²³¹ FERNANDEZ SANCHEZ, P.A., “La soberanía poliédrica”, en AAVV, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. I, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 616.

penal, la protección penal del euro y otras monedas, así como de la libre competencia, con Directivas tendentes a la armonización, consiguiendo unas mismas conductas típicas en todo el territorio de la Unión, con aproximación también en el ámbito de las respectivas sanciones.

Debe, por último, insistirse en la reticente actitud de algunos Estados o de algunas de sus instituciones en asumir la idea de la pérdida –la cesión- de soberanía en estas materias a favor de la Unión. Así, nos centraremos en la actitud de los Tribunales Constitucionales alemán y español, que se aferran a la idea clásica de soberanía en la que el Estado retiene para sí en última instancia las facultades de decisión en materias tan esenciales como el Derecho penal y los derechos y garantías procesales, o la postura de algunos Estados que en una expresión máxima de negativa la cesión de soberanía en estas materias directamente no participan de ellas (Dinamarca, Reino Unido e Irlanda), o, por último, los Estados (Polonia y nuevamente Reino Unido)²³² que mediante una actitud oblicua consiguen eludir, de facto, la aplicación de la CDFUE en la medida que sí lo es para otros Estados. Veamos con más detalle.

9.2. La postura del Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional español planteó al TJUE su primera cuestión prejudicial²³³ sobre la interpretación y validez de determinados preceptos de la Decisión marco relativa a la ODE y su compatibilidad con determinados derechos y garantías procesales recogidos en la CDFUE, así como la posibilidad de un Estado de denegar la ejecución de una ODE justificándola en el hecho de que, conforme a su Derecho interno, se ofrece una mayor extensión de esos derechos fundamentales que la dispensada por el Estado de emisión de la ODE²³⁴. Desde la perspectiva de los derechos

²³² Al respecto, *vid.* Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, anejo al TUE y el TFUE.

²³³ Auto del Tribunal Constitucional español 86/2011, de 9 de junio de 2011.

²³⁴ En concreto se planteaban las siguientes cuestiones prejudiciales, recogidas en la parte dispositiva del auto anteriormente citado: “1ª. El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?”

y garantías procesales, el derecho afectado era el de estar presente en el propio juicio, con la garantía de prohibición, salvo limitadas excepciones admisibles, de la celebración de juicios en rebeldía. Este derecho fundamental queda garantizado en el Ordenamiento español con una mayor extensión que en el Derecho italiano. Para el TC español, acceder a la entrega de nacionales italianos a Italia para cumplir condenas en casos de delitos muy graves celebrados en ausencia suponía una vulneración indirecta de las exigencias absolutas derivadas del artículo 24.2 CE, menoscabando el contenido esencial del derecho a un proceso justo, de modo tal que quedaba afectada la dignidad humana²³⁵. El TJUE, desde la óptica del principio de primacía del Derecho de la Unión, dio respuesta a las tres cuestiones planteadas²³⁶, reiterando que:

“[L]a invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no pueden afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”,

Precisando, en concreto, que:

“[C]uando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

Esta respuesta obligaba al Tribunal Constitucional español a modificar su doctrina y admitir las entregas a Italia de aquellos ciudadanos que habían sido allí juzgados en ausencia y que, en ocasiones, habían sido denegadas –tanto en virtud de una ODE, como antes en el procedimiento de extradición pasiva-, por no recibir las garantías necesarias por las autoridades italianas de que sería sometido a un nuevo

2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

“3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”.

²³⁵ Esta es la doctrina seguida por el TC desde su sentencia 91/2000. Sobre la evolución de esta doctrina hasta su cuestionamiento con el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE *vid.* REVENGA SANCHEZ, M., “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio), *REDE*, núm. 41, ed. digital, pp. 1-8.

²³⁶ STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11).

juicio en Italia. A partir de ahora, si los juicios en rebeldía se ajustan a lo determinado en la Decisión marco reguladora de la ODE –tras la modificación operada en 2009-, España no podrá denegar la entrega.

Precisamente en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada ya resolviendo el recurso de amparo que había quedado suspendido por el planteamiento al TJUE de la cuestión prejudicial²³⁷, el Tribunal, además de justificar el cambio en su doctrina, denegando, de este modo, el amparo que le había sido solicitado, reitera un argumento anteriormente formulado, con ocasión de la consulta que le fue planteada para determinar la adecuación de la Constitución española al proyecto de Constitución europea²³⁸. Con esta doctrina, el Tribunal, en cierto modo, viene a negar el principio de primacía del derecho de la Unión otorgándose una competencia no prevista, ni en la Constitución ni en ningún otro texto legal, conforme a la cual podría excluir la aplicación del Derecho de la Unión, con fundamento último en la soberanía de pueblo español. Esta posibilidad de anteponer el Derecho interno al Derecho de la Unión, concilia mal con la idea de armonización del Derecho de la Unión, sobre todo en ámbitos tan sensibles como el Derecho penal en general y en particular, en el campo de los derechos y garantías procesales penales pues dificulta la necesaria confianza mutua entre las autoridades de los distintos Estados. Sin esta confianza mutua no podrá alcanzarse la plena eficacia del principio de reconocimiento mutuo y que se erige en la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal, como instrumento, a su vez, para alcanzar el objetivo más general del ELSJ en toda la Unión, tal y como proclama el artículo 3.2 TUE.

En concreto, señala el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“...la primacía del Derecho de la Unión Europea jurisdiccionalmente proclamada opera respecto de un Ordenamiento, el europeo, que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales, lo que nos llevó a subrayar que es el propio Derecho de la Unión el que garantizaría, a través de una serie de mecanismos previstos en los Tratados, el presupuesto para la aplicación de su primacía, que no es otro que el respeto de las estructuras constitucionales básicas

²³⁷ STC 26/2014, de 13 de febrero.

²³⁸ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2014, de 13 de diciembre.

nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales (en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3).

Ello nos permitió declarar que «producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2).

No le corresponde, por tanto, a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, al Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen. Es fundamentalmente a través de éstas, así como de las cuestiones prejudiciales de interpretación, como se le ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de garantizar y salvaguardar de manera efectiva un alto nivel de protección de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

No obstante lo anterior, este Tribunal igualmente consideró que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ést[e], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4)”²³⁹.

No obstante, esta opinión, siendo la mayoritaria, y la reflejada en la sentencia, no fue compartida por todos los Magistrados del Tribunal, existiendo votos particulares en los que se critica tal fundamentación. Así, se señala lo siguiente:

“...considero insatisfactoria la fundamentación jurídica en que se apoya la Sentencia de la mayoría. Esa fundamentación puede alentar las ideas de que este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión y de que adopta una posición defensiva de su autonomía jurídica frente a aquel ordenamiento, soslayando la primacía del Derecho de la Unión mediante operaciones interpretativas que cree poder controlar con arreglo al art. 10.2 CE. La idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente”²⁴⁰.

²³⁹ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3º. El subrayado no forma parte del texto original.

²⁴⁰ Voto particular a la anterior sentencia formulado por la Magistrada Sra. Asua Batarrita.

Son evidentes, pues, los recelos que algunas instituciones nacionales –en este caso el Tribunal Constitucional- muestran a la hora de la cesión de soberanía en ciertas materias, sensibles, e íntimamente vinculadas a la soberanía del Estado, “en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español”, dice la sentencia citada. Puede hablarse, en este punto, de un “patriotismo constitucional”, y de la existencia de la posibilidad de una “intervención de reserva” creada por y para el Tribunal Constitucional, si el Derecho de la Unión evolucionase hasta tal punto que resultase inconciliable con la UE²⁴¹.

9.3. La postura del Tribunal Constitucional alemán

El Tribunal Constitucional alemán²⁴² tuvo ocasión de pronunciarse sobre la preferencia en la garantía y defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución frente a los principios informadores de la cooperación judicial penal en la UE, a propósito del recurso frente a la ley alemana que transponía a aquél ordenamiento la Decisión marco relativa a la ODE. En esencia, el Tribunal, en su sentencia de 18 de julio de 2005 (sala 2ª), declara que la Ley alemana vulnera dos derechos fundamentales proclamados en su Constitución: la prohibición de entrega de ciudadanos nacionales, salvo excepciones, y el derecho del ciudadano a acudir a los tribunales cuando vea lesionado su derecho por un poder público. La sentencia profundiza, como señala la profesora SERRANO MASIP²⁴³, en cuestiones muy importantes para el futuro de la cooperación judicial en materia penal en la UE. Entre ellos, cita esta autora, la preferencia de la garantía la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana sobre los principios y directrices en que se basa la cooperación judicial penal en la UE, y también la reafirmación de la soberanía de cada uno de los EEMM. Esta idea tiene su reflejo en distintas afirmaciones recogidas en la sentencia, tales como la necesidad de mantener la identidad nacional dentro la UE, como límite al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Para el Tribunal, para que pueda ser

²⁴¹ ROLDÁN BARBERO, F.J., “La Unión Europea y la soberanía de España” *REDCE*, núm. 12, julio-diciembre/2009, p. 242.

²⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, Sala 2º, de 18 de julio de 2005. Texto en alemán disponible en: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html>.

²⁴³ SERRANO MASIP, M., “Fractura en la cooperación judicial en materia penal...”, *ob. cit.*, edición digital.

efectivo el principio de reconocimiento mutuo, es indispensable la armonización de las legislaciones nacionales. Esta postura afecta negativamente, sin duda, a la concepción que un Ordenamiento jurídico tendrá del resto de los ordenamientos de los otros EEMM.

Efectivamente, el proceder del Tribunal alemán fue calificado como un verdadero incumplimiento de las obligaciones que al Estado alemán incumbían como EEMM de la Unión. Sin embargo, al afectar el incumplimiento a una Decisión marco, el mismo no era susceptible entonces –en el marco del tercer pilar- de recurso por incumplimiento ante el TJUE. La actitud soberanista alemana supuso el riesgo real de que el resto de Estados se planteasen acudir al principio de reciprocidad en las entregas de personas reclamadas por otros Estados²⁴⁴, lo que sin duda quebraba el espíritu y la letra de la Decisión marco sobre la ODE y constituyendo un ataque directo a la línea de flotación de la necesaria confianza mutua, esencia del principio de reconocimiento mutuo tantas veces proclamado como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal. En este sentido, como señala el penalista DEMETRIO CRESPO²⁴⁵, el problema técnico-jurídico que subyace se reconduce a un problema de naturaleza política: la resistencia de Alemania a la cesión de competencias en materia penal, sin aceptar de forma plena el principio de reconocimiento mutuo. La razón de ser se encontraría –sigue diciendo DEMETRIO CRESPO- no tanto en una postura euroescéptica, cuanto en la propia historia alemana y al blindaje que el constituyente alemán de 1948 llevó a cabo en materia de derechos fundamentales con el establecimiento de una cláusula de eternidad para evitar la destrucción de la democracia desde el propio Estado.

Pero incluso después de la aprobación del Tratado de Lisboa, con la expresa atribución a la UE de competencias en materia penal, el Tribunal alemán sigue siendo reticente a la cesión de soberanía en materia penal. Así, en su sentencia de 30 de junio

²⁴⁴ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar”, *RDCE*, núm. 35, enero/abril 2010, pp. 188-189.

²⁴⁵ DEMETRIO CRESPO, E., “El caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de Detención Europea)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pp. 1309-1310.

de 2009²⁴⁶ -calificada de incendiaria por MARTÍN Y PEREZ NANCLARES²⁴⁷-, sobre la constitucionalidad de la Ley alemana de adhesión al Tratado de Lisboa, considera que la competencia sobre el Derecho penal es, en sus aspectos fundamentales, una competencia de los EEMM “resistente a la integración”, viendo una amenaza para las competencias de los Estados el carácter expansivo de las competencias de la Unión, *ex* artículo 83.2 TFUE. Por ello, el Tribunal condiciona la constitucionalidad de la extensión de competencias en materia penal a su interpretación restrictiva, poniendo el punto de mira en el carácter indispensable de la armonización de las normas penales que se lleve a cabo, exigiéndose así criterios más rigurosos que los demandados por el TFUE en otros ámbitos en los que se acude a criterios como el de la necesidad o exigencia de la regulación de la materia de que se trate²⁴⁸. Con esta actitud el Tribunal Constitucional alemán se arroga –a juicio de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES- un poder de naturaleza más política que jurisdiccional, que sobrepasa sus competencias, lanzando un órdago al proceso de integración europeo²⁴⁹

9.4. La exclusión voluntaria de determinados Estados

Pero no solo España o Alemania, han asumido una concepción, si acaso, exagerada de la soberanía nacional que, en última instancia, les permite decidir en materia de derechos y garantías en su territorio y sus nacionales, incluso colisionado con el Derecho de la Unión, con desconocimiento del principio de supremacía de éste último. Otros Estados han optado directamente por descolgarse de la actuación a nivel de la Unión estas materias. Así Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, en virtud de los respectivos Protocolos adicionales al TUE y el TFUE, tienen la opción de sumarse o no a las medidas que se adopten relativas a la consecución de un único ELSJ en la Unión,

²⁴⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párrafos 1 – 421. Traducción al español por Carlos Vidal Prado y por Cristina Elías Méndez, disponible en: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <<http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>>. El texto en alemán y en inglés, en <<http://www.bverfg.de>>.

²⁴⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *REAF*, núm. 13, abril 2011, p. 100.

²⁴⁸ WALDHOFF, C., “¿Puede ordenar la Unión Europea a los Estados que utilicen el Derecho penal para dotar de eficacia a determinadas normas administrativas? Las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa y los límites constitucionales que encuentran en Alemania”, *REDA*, núm. 155/2012, ed. digital, pp. 9-10.

²⁴⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional...” *ob. cit.*, p. 140.

entre estas políticas y acciones, las relativas a la armonización del Derecho penal, tanto sustantivo como procesal, incluidos los derechos y garantías de los sospechosos y acusados. Estos Estados, antes la negociación y aprobación de cada una de las Directivas, se posiciona, en concreto, sobre su asunción. Así, Dinamarca, siguiendo su posición en estas materias, no ha asumido ninguna de ellas, mientras que Reino Unido e Irlanda han asumido las previsiones relativas a los derechos a la traducción y a la interpretación y a los derechos a la información en el proceso penal, pero no asumen la Directiva reguladora de los derechos a la defensa y a estar presente en el propio juicio. Este panorama de una Europa a la carta, tampoco ayuda a la necesaria confianza mutua entre Estados.

En estos casos, no se trata de la existencia de reticencias por los Estados o algunas de sus instituciones a ceder soberanía, sino directamente de negar tal posibilidad. Con ello, se obliga, en cada caso, a determinar qué norma europea penal es asumida por éstos y cuál no, con quiebra para el ciudadano del principio de seguridad jurídica, que cree moverse por toda la Unión bajo unos mismos estándares de protección jurídica, cuando no es así. Pero además, esta superposición de espacios judiciales con tipificación y castigo en unos Estados sí, y en otros no de determinadas conductas, o con diferente alcance en su castigo acarrea el riesgo de la aparición de *Estados santuarios*²⁵⁰. En efecto, en un espacio sin apenas controles fronterizos, las divergencias importantes entre las legislaciones penales pueden tener consecuencias criminológicas difícilmente aceptables, con movimientos de delincuentes hacia esos países más tolerantes con las conductas prohibidas o castigadas con mayor severidad en otras. No sólo cabe hablar de dos grandes espacios judiciales que se suponen en algunos puntos, de un lado la totalidad de los EEMM y de otro, todos los EEMM menos Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, sino que a través del mecanismo de la cooperación reforzada, bastaría con obtener el acuerdo de nueve Estados para sacar adelante distintas propuestas de naturaleza también penal que sólo vincularían a éstos, por lo que los espacios penales existentes pueden ser múltiples, afectando –como decíamos-, al principio de seguridad jurídica, resultado, además, muy difícil conocer en cada momento qué Estados se encuentran vinculados por qué normativa para una determinada materia.

²⁵⁰ BARBE, E., “L’espace judiciaire européen”, *La documentation française*, Paris, 2007, p. 145.

9.5. El afianzamiento, pese a las dificultades, de un Derecho penal sectorial a través del principio de reconocimiento mutuo

Los Estados, pese a haber tenido lugar la cesión de parte de sus competencias a la UE, retienen o mantienen otras, especialmente sensibles. Incluso habiéndolas cedido formalmente, en la práctica, como hemos visto con la actuación de los Tribunales Constitucionales español y alemán, siguen proclamando tener, en última instancia el poder de decisión sobre aquellas competencias cedidas. El principio de atribución de competencias que rige el reparto de ellas entre la Unión y los Estados no se respeta por estos últimos. No obstante, se sigue defendiendo desde el punto de vista internacional, que al ser los Estados los que tienen la competencia para determinar el alcance de sus propias competencias, la soberanía siga en sus manos, no estando repartida entre éstos y la Unión, ni que se encuentre suspendida, desde el punto de vista de los mismos²⁵¹. En el fondo, continúan existiendo problemas de desconfianza mutua entre los distintos EEMM. Es necesario el impuso de los líderes políticos. La falta de voluntad política no puede ser reemplazada por la voluntad institucional, y si el liderazgo político es un elemento indispensable de toda comunidad política, también la UE lo sigue necesitando²⁵².

Las reticencias a ceder soberanía en estas materias no han impedido, sin embargo, que poco a poco haya surgido, y siga en un proceso de constante evolución, un Derecho penal de la UE, con sustantividad propia. Se trata de un Derecho penal fundamentalmente sectorial que paulatinamente va incidiendo más en la definición común de determinados delitos que en la fijación de las penas o en el propio proceso penal²⁵³. La aproximación, en este último caso, tiene lugar fundamentalmente a través

²⁵¹ HILLGRUBER, C., “Soberanía – La defensa de un concepto jurídico” (traducción de AGUILERA RULL, A.), *InDret*, núm. 1/2009.

²⁵² MANGAS MARTÍN, A., “Un Tratado no tan simple...”, *ob. cit.*, pp. 346-347.

²⁵³ Un análisis crítico para el caso español sobre el grado de transposición de las entonces Decisiones marco dictadas para la aproximación del Derecho penal, en determinados ámbitos de delincuencia, junto a las propuestas sobre cómo debiera reformarse el ordenamiento español para ello, puede verse en AAVV., *La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa*, (Coords. ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., y CRESPO BARQUERO, P.), Instituto de Derecho Penal europeo e internacional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

del principio de reconocimiento mutuo²⁵⁴ que, como hemos visto, requiere de la confianza mutua entre los Estados y sus instituciones, algo que no parece verse favorecido por posicionamientos como los analizados anteriormente.

Queda aparcada, por el momento, la idea de la unificación del Derecho penal, bajo unos mismos textos europeos –reglamentos–, debiendo avanzarse en el camino de la aproximación. Resulta muy positivo que el Tratado de Lisboa recogiese ya, sin duda, la competencia expresa²⁵⁵ para legislar la UE en materia penal en determinados sectores (art. 83 TFUE) en lo que ha sido calificado como el verdadero nacimiento del *ius puniendi* europeo²⁵⁶. Efectivamente y pese a la afinidad cultural y política europea, existen puntos de discrepancia político-criminal que dejar ver diferencias culturales profundas, algunas tan arraigadas que resultaría, cuanto menos utópico, pretender superarlas²⁵⁷. Existen instituciones, en cada uno de los ordenamientos europeos, que suelen ser consideradas comunes e intercambiables entre sí por pertenecer a una misma cultura jurídica, la europea, sin embargo ello no es así y aun cuando se trate, en efecto, de ordenamientos comparables, es necesario conocer aquellas pequeñas peculiaridades que, en otro caso, se convierten en fuente de desconfianza mutua por desconocimiento de la respectiva tradición jurídica nacional²⁵⁸.

Urge, a partir de los contornos básicos de este Derecho Penal, recogidos en el Tratado de Lisboa, definir qué tipo de Derecho penal quieren los Estados para avanzar en ese sentido. Así se defiende que el modelo ínsito en los Tratados, es un Derecho

²⁵⁴ GINDRE, E., *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*. Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, Paris, 2009, p. 295-296.

²⁵⁵ Con anterioridad al Tratado de Lisboa ya el TJUE había proclamado la competencia comunitaria implícita en materia de protección penal en materia de medio ambiente, posibilitando la imposición de sanciones penales en la medida en que esté justificada la intervención del Derecho de la Unión en una determinada materia sobre la que ostente la competencia. Al respecto *vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., “TJCE – Sentencia de 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03 – Medio Ambiente, Derecho Penal y Europa”, *RDCE*, núm. 26, enero/abril 2007.

²⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, *RDCE*, núm. 30, mayo/agosto 2008, p. 349.

²⁵⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *RDCE*, enero-abril 2005, pp. 29-30, señalando, entre otras, las siguientes discrepancias: principio de legalidad, ley penal en el espacio, relevancia del error de Derecho, sistema sancionador, valores sociales con reflejo en figuras delictivas concretas como el aborto o la eutanasia.

²⁵⁸ CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., “Conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem* internacional. ¿desconfianza mutua entre estados?, *RPJ*, núm. 86, 2007, p. 161.

penal federal europeo, siendo los criterios típicos federales, de un lado los criterios de transnacionalidad gravedad y de otro, la protección de intereses financieros, siendo necesario replantear los límites entre Derecho penal federal (europeo) y derecho penal estatal, para evitar el riesgo que supone el carácter expansivo del primero²⁵⁹.

Transcurridos ya más de doce años desde que se publicase la primera Decisión marco sobre reconocimiento mutuo en materia de cooperación judicial penal (relativa la Orden de detención europea), y tras un importante número de Decisiones marco y Directivas sobre cooperación judicial penal, puede hablarse ya de una teoría general del reconocimiento mutuo con una misma lógica interna y unos mismos principios²⁶⁰. Éstos son, en concreto, el principio de confianza y el principio de equivalencia, que se asientan, de un lado, en la configuración política de la UE de la soberanía compartida entre UE y EEMM y de otro, en la consideración de que los distintos sistemas procesales que, aun siendo diferentes, son considerados como estructuras lógicas homogéneas, pues se basan en unos mismos principios y una base jurídica común²⁶¹. Es precisamente en este punto, en la confianza en los distintos sistemas procesales, donde la armonización de los derechos y garantías procesales se configura como un elemento indispensable. Las autoridades de un Estado –de ejecución- no confiarán en las autoridades de otro Estado –de emisión- si sus resoluciones judiciales no respetan los derechos fundamentales y garantías esenciales procesales de modo semejante a como se hace el propio Estado de ejecución.

Cabría pensar en el diseño de un proceso penal modelo, que aun dejando cierto margen a los Estados, perfilase aún más los contornos de los procesos penales en la Unión armonizando aspectos del mismo e incluso llegando, en otros, a la unificación. Así pueden citarse las propuestas formuladas sobre un proceso penal tipo: el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, el *Corpus Iuris* en la UE de 1997 y posterior versión del año 2000 y el proceso penal para la investigación de los delitos

²⁵⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un derecho penal europeo?, en AAVV *Derecho Penal y política transnacional* (Coords. BACIGALUPO SAGGESE, S., y CANCIO MELIÁ, M.), Atelier, Madrid 2005, pp. 207-208.

²⁶⁰ DE JORGE MESAS, L.F., “La cooperación judicial penal en la Unión Europea: aproximación a una teoría general del reconocimiento mutuo”, *RAUE*, núm. 4/2015, ed. digital, p. 1.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 4-5.

contra la humanidad y de guerra competencia del Tribunal Penal Internacional²⁶². Mientras ello no ocurra, los riesgos de que los Estados puedan aplicar de manera distinta las normas sobre derechos y garantías procesales (mediante la indebida o retardada transposición de las Directivas, por ejemplo) la confianza mutua entre los Estados no será lo suficientemente sólida para la eficaz cooperación judicial penal.

²⁶² GÓMEZ COLOMER, J.L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, *RPJ*, núm. 64, 2001, pp. 225-230.

CAPÍTULO IV

ESTADO ACTUAL Y GRADO DE DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL PLAN DE TRABAJO DE 2009: LAS DIRECTIVAS YA APROBADAS

1. LOS DERECHOS A LA TRADUCCIÓN Y A LA INTERPRETACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES: LA DIRECTIVA 2010/64/UE, DE 20 DE OCTUBRE DE 2010

1.1. Causas para la regulación de estos derechos en primer lugar

El primero de los instrumentos normativos aprobado en desarrollo del Plan de trabajo elaborado por la Presidencia sueca en 2009 para la regulación de los derechos y garantías procesales penales ha sido la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Varios fueron los motivos determinantes para que fuesen estos derechos los primeros en su regulación:

a) Consenso. En primer lugar, un motivo importante para su temprana regulación fue el consenso existente entre los Estados para el desarrollo de estos derechos. Así en el Consejo JAI celebrado en Bruselas el 23 de octubre de 2009, además de las declaraciones de naturaleza política en orden a impulsar los derechos y garantías procesales, se presentó el primer borrador de la propuesta legislativa –entonces Proyecto de Decisión marco-, relativa a los derechos a la traducción e interpretación en los procesos penales, a instancia de un grupo de cinco EEMM, alcanzándose ya en ese Consejo un acuerdo entre los ministros.

b) Naturaleza accesoria e instrumental. En segundo lugar, este derecho debía ser el primero en ser regulado en tanto que constituye un derecho instrumental y accesorio para la efectividad de otros derechos. Así, difícilmente podrán hacerse efectivos derechos como el derecho a la información de los cargos, a la asistencia letrada o a no declarar contra uno mismo, si el sospechoso o acusado no conoce el idioma en que es

informado o en que ha de comunicarse con su abogado, con el tribunal o con la policía. Por ello resultaba necesario el desarrollo de estos derechos antes que otros.

c) Los trabajos preexistentes. Por último, y desde un punto de vista práctico y de preparación de los trabajos, en la regulación de estos derechos no se partía de cero. Existía un abundante trabajo previo ya realizado en etapas anteriores. Así, además del fracasado Proyecto de Decisión marco en que se estos derechos eran algunos de los que allí se trataban, estaba ya la iniciativa de los cinco EEMM y otros trabajos preparatorios de estos proyectos normativos, como el Libro Verde de la Comisión del año 2003.

1.2. El procedimiento de elaboración de la norma: de la Decisión marco a la Directiva.

El proceso de elaboración de esta norma arranca con anterioridad a la entrada en vigor de las modificaciones operadas por el Tratado de Lisboa y culmina cuando ya había entrado en vigor el mismo. Por ello en su elaboración confluyen distintas reglas procedimentales, habiéndose producido las necesarias adaptaciones sobre los trabajos ya realizados antes de la entrada en vigor de Lisboa. Así, lo que era inicialmente una propuesta de Decisión marco, desaparecido este instrumento normativo, pasó a ser una propuesta de Directiva.

El precedente en la regulación de estos derechos lo constituye el fallido proyecto de Decisión marco de 2004, abandonado en 2007 tras el fracaso en las negociaciones para alcanzar el necesario consenso para su aprobación, en el Consejo de la UE (JAI) celebrado en Luxemburgo los días 12 y 13 de julio de 2007, bajo la presidencia alemana. Ese mismo año, en el Consejo JAI, celebrado en Bruselas el 23 de octubre de 2009, se presentó el Plan de trabajo con el que se iniciaba la nueva etapa en la regulación de los derechos y garantías procesales. En desarrollo del mismo se presentaba ya, como primera media, la propuesta de Decisión marco sobre el derecho a interpretación y a la traducción en los procesos penales elaborada por la Comisión²⁶³. La base jurídica sobre la que se presentaba la constituía los entonces vigentes artículos 31 y 33 TUE –acción común sobre cooperación judicial en materia penal, que había de

²⁶³ Propuesta de la Comisión de una Decisión marco del Consejo relativa al derecho a la interpretación y a traducción en los procesos penales, de 8 de julio de 2009. COM (2009) 338 final.

incluir la facilitación y aceleración de la cooperación entre autoridades judiciales-. La entrada en vigor de las reformas operadas en los Tratados por el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 vino a clarificar la competencia de la Unión para regular los derechos y garantías procesales, siendo ahora claramente la base jurídica para esta regulación el artículo 82.2 del TFUE. Consecuencia también de la comunitarización de las materias del tercer pilar fue la modificación del instrumento normativo a utilizar y desaparecida las decisiones marco, la directiva era el instrumento elegido por los Tratados para esta regulación.

Ahora bien, encontrándose la Comisión en funciones, la iniciativa legislativa para la presentación del nuevo proyecto de Directiva fue ejercida por un grupo de Estados, presentando un nuevo texto que recogía sustancialmente el contenido de la anterior propuesta. Conviene recordar que en materia de cooperación judicial y penal la iniciativa legislativa viene atribuida indistintamente a la Comisión o a la cuarta parte de los EEMM, conforme al artículo 76 TFUE. Efectivamente, trece Estados²⁶⁴ habían presentado una iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales²⁶⁵. Constituida la nueva Comisión, presentó apresuradamente, en lo que parecía una respuesta a la pérdida de la iniciativa legislativa en este campo, una nueva propuesta de Directiva sobre estos derechos, como alternativa a la presentada por el grupo de EEMM²⁶⁶.

Esta doble propuesta por parte de un grupo de EEMM y por la Comisión supuso que, pese a seguir formalmente trabajando sobre el texto del grupo de Estados, se incorporasen también determinadas propuestas del texto de la Comisión y que se redoblasen las negociaciones entre todos los agentes implicados para elaborar, en definitiva, un texto de consenso resultante del *triálogo* Parlamento, Comisión y

²⁶⁴ Bélgica, Alemania, Estonia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Portugal, Rumanía, Finlandia y Suecia.

²⁶⁵ DO de 18 de marzo de 2010. /2010/C 69/01).

²⁶⁶ Propuesta de la Comisión de una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales, de 9 de marzo de 2010. COM (2010) 82 final.

Consejo²⁶⁷. La propia Directiva recoge expresamente en sus considerandos que se *inspira* en ambas propuestas²⁶⁸, sin asumir ninguna de ellas como la base de los trabajos, en lo que constituye una manifestación de estas negociaciones, evitando atribuir en concreto a una de las instituciones o al grupo de Estados la iniciativa sobre la norma.

El texto sometido a la consideración del Parlamento fue aprobado, en primera lectura, sobre el texto final consensuado objeto de votación²⁶⁹. Igualmente el Consejo, en su reunión de Luxemburgo de 7 de octubre de 2010, aprobó en primera lectura el texto consensuado. Tras la firma por los presidentes del Consejo y del Parlamento el 20 de octubre de 2010 se publicó finalmente la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²⁷⁰.

1.3. Base legal, objeto y finalidad de la norma

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la *base legal* para que la UE pueda dictar normas sobre derechos y garantías procesales hay que buscarla en el artículo 82 TFUE que permite a la Unión dictar normas para aproximar los derechos y garantías de los sospechosos y acusados en los procesos penales.

El *objeto* declarado de la Directiva es el establecimiento de normas mínimas comunes relativas a los derechos gratuitos a la traducción e interpretación en los procesos penales seguidos en la UE, incluido el procedimiento para la ejecución de una orden de detención europea (art. 1 y considerandos 17 y 34). A modo de delimitación negativa, indica la Directiva que su aplicación no puede afectar a otros derechos y

²⁶⁷ ARANGÜENA FANEGO, C. “El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010. *RGDE*, núm. 24, 2011, p. 3.

²⁶⁸ Considerando 13º: “La presente Directiva se inspira en la propuesta de la Comisión de una Decisión marco del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales de 8 de julio de 2009 y en la propuesta de la Comisión de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, de 9 de marzo de 2010”.

²⁶⁹ Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 16 de junio con vistas a la adopción de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. P7_TC_1-COD(2010)0801

²⁷⁰ DO 26 de octubre de 2010, L 280/1.

garantías procesales previstos en los ordenamientos internos, en particular señala que no afectará “al derecho nacional relativo a la presencia de un abogado en cualquier fase del proceso penal, ni tampoco al derecho nacional relativo al derecho de acceso de un sospechoso o acusado a los documentos en el marco de un proceso penal” (art. 1.4).

No obstante, pese a ser tratados de forma conjunta, como un único derecho, realmente hablamos de dos derechos diferentes, aunque muy relacionados entre sí, y con aspectos comunes. Efectivamente, nos encontramos ante realidades distintas para las que se exigen también habilidades y competencias diferentes. Así, como señala la profesora ARANGÜENA, mientras que la interpretación tiene por objeto exclusivamente la comunicación oral y la misión del intérprete consiste en reproducir fielmente en tiempo real el mensaje del orador en otra lengua, sin perder de vista las circunstancias en que se realiza (gestos, postura...), la traducción se proyecta directamente sobre escritos o documentos para trasladar su texto de una lengua a otra teniendo en cuenta el contexto del sistema jurídico en que se lleva a cabo, debiendo el traductor dominar no sólo conceptos básicos y la terminología del Derecho, también terminología especializada y convenciones lingüísticas²⁷¹.

La Directiva tiene como *finalidad* facilitar la aplicación efectiva de los derechos a la traducción e interpretación en relación con las personas que no hablen o entiendan la lengua del procedimiento penal, conforme lo consagra el artículo 6 CEDH. En consecuencia, el fin último de la directiva es coadyuvar a garantizar el derecho del sospechoso o acusado a estos derechos para garantizar el derecho a un juicio justo (considerando 14). Así, hablamos de una finalidad inmediata en cuanto derecho subjetivo: garantizar una asistencia lingüística gratuita y adecuada, que permita a los sospechosos o acusados, que no hablen o no entiendan la lengua del proceso penal, el pleno ejercicio del derecho a la defensa y que salvaguarde la equidad del proceso (considerando 17). De este modo, a su vez, se conseguirá –y constituye también la finalidad mediata de la norma- aumentar la confianza mutua de los Estados en los distintos sistema judiciales penales, lo que se traducirá en una mayor cooperación judicial (considerando 9).

²⁷¹ ARANGÜENA FANEGO, C., “El Derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE...”, *ob. cit.*, p. 12 y nota 29.

1.4. Destinatarios y transposición

Conforme al artículo 12 de la Directiva, son sus destinatarios todos los EEMM, salvo Dinamarca que se ha desvinculado de la misma. Efectivamente, como reconoce el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, recogido como anexo al TUE y al TFUE, este país puede no participar en la adopción de las políticas y acciones relativas al ELSJ recogidas en el título V de la parte III del TFUE, así como que no le vincule o se vea afectada por cualquier disposición, medida o decisión adoptada al respecto, sin que, por otra parte, pueda impedir que los demás Estados puedan seguir avanzando en la cooperación en estos campos, pudiendo en cualquier momento dejar de hacer uso de esta cláusula de descuelgue y asumir todas o parte de los instrumentos adoptados en este ámbito (arts. 1, 2 y 7 del Protocolo)²⁷². Por el contrario, el Reino Unido e Irlanda, titulares también de la facultad de sumarse o no a las medidas adoptadas respecto del ELSJ, han participado en la adopción de la Directiva, estando vinculados y sujetos a su aplicación, en ejercicio también la facultad reconocida en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, respecto del ELSJ que figura como anexo al TUE y al TFUE²⁷³.

Los EEMM debían transponer la Directiva a sus ordenamientos internos, adoptando las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 27 de octubre de 2013, medidas que debían ser comunicadas a la Comisión (art. 9.1 y 2 de la Directiva). Pues bien, no todos los EEMM cumplieron con esta mandato y así, al finalizar el año 2013, dieciséis EEMM no la habían transpuesto o no habían comunicado a la Comisión la adopción de las normas necesarias tendentes a su disposición²⁷⁴. Entre estos Estados se encontraba España, precisamente uno de los Estados impulsores de esta propuesta legislativa²⁷⁵.

²⁷² La opción por el “descuelgue” en la aplicación de esta Directiva se recoge en la misma, en el considerando 36.

²⁷³ Así se recoge en el considerando 35 de la Directiva.

²⁷⁴ *vid. 31st Annual Report on monitoring the application of EU Law* (2013). COM (2014) 612 final, de 1 de octubre de 2014.

²⁷⁵ Al finalizar el año 2014 España seguía sin transponer a su ordenamiento interno, si bien ya había sido aprobado por el Gobierno el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para adaptar sus disposiciones a la Directiva. Finalmente fue la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril de 2015, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho

Difícilmente el objetivo perseguido de aumentar la confianza mutua entre las autoridades judiciales puede lograrse cuando no todos los Estados han transpuesto la Directiva. En consecuencia, no todos ellos ofrecen a los individuos sometidos a un proceso penal en su territorio el mismo alcance en relación con los derechos y garantías procesales, en particular, en los derechos a la traducción e interpretación dada su importancia, tanto como manifestaciones del derecho al justo proceso, como derechos accesorios para que otros derechos puedan desplegar toda su efectividad, como el derecho de defensa o el derecho a la asistencia letrada.

1.5. Naturaleza de los derechos a la traducción y a la interpretación

Los derechos a la traducción y a la interpretación, además de derechos en sí mismos considerados, son derechos instrumentales imprescindibles para garantizar en determinados supuestos toda la efectividad de otros derechos como el derecho a la asistencia letrada, el derecho del sospechoso o acusado a estar en las comparecencias o audiencias que se celebren, o el derecho a ser informado de las acusaciones formuladas contra él. Todos estos derechos constituyen manifestaciones del más general derecho a la libertad y a la seguridad y derecho a un proceso justo -o un juicio equitativo-, consagrado en los artículos 5 y 6 CEDH y 47 de la CDFUE.

Así, el artículo 5 CEDH (Derecho a la libertad y a la seguridad) establece que “...2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”. Y el artículo 6 (Derecho a un proceso equitativo) que “...3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo posible en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa formulada contra él [...] e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada por la Audiencia”.

a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (*BOE* de 28 de abril). Sobre la transposición de estas Directivas al ordenamiento español, *vid.* LOPEZ JARA, M., “La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal”, *Diario La Ley* núm. 8540, 15 de mayo de 2015.

Pese a ser tratados conjuntamente, y dada la proximidad de uno y otro derecho, el derecho a la traducción y el derecho a la interpretación son derechos distintos pues, como hemos apuntado, cubren realidades distintas.

1.6. Estructura y contenido de la norma

Tras un extenso expositivo de 36 apartados, la Directiva presenta un contenido breve, recogido en solo 12 artículos. El artículo 1º delimita el objetivo y ámbito de aplicación. Los artículos 2º y 3º se ocupan ya respectivamente de los derechos a la interpretación y a la traducción de documentos esenciales. El artículo 4º a la asunción de los costes derivados de estos derechos. El artículo 5º se ocupa de la calidad que han de ofrecer los servicios de traducción e interpretación. El 6º a la formación de los operadores jurídicos. El 7º establece la necesidad de llevanza de determinados registros. El 8º recoge el principio de no regresión. El 9º la transposición a los ordenamientos internos con fecha límite para ello. El artículo 10º establece la obligación a la Comisión de informe sobre las medidas de los EEMM para el cumplimiento de la directiva. El artículo 11º establece la entrada en vigor de la Directiva a los veinte días de su publicación en el *DO*. Finalmente, el artículo 12º recoge los destinatarios de la norma.

1.6.1. Ámbito de aplicación

En su aspecto *subjetivo*, los derechos objeto de regulación por la Directiva se aplican a cualquier ciudadano, sea nacional de alguno de los EEMM o de un tercer Estado, que pueda verse sujeto a un proceso penal –incluida la ejecución de una ODE– en cualquiera de los EEMM de la UE, tanto propiamente en la fase procesal, como en la fase preprocesal en las actuaciones que las autoridades policiales o del Ministerio Fiscal dirijan contra él actuaciones tendentes a la averiguación de una infracción criminal.

Sin embargo, no todo sospechoso o acusado tendrá derecho a la asistencia de un intérprete o a la traducción de documentos esenciales. Para ello es preciso que el sospecho o acusado “no hable o entienda la lengua del proceso penal” o que “no entienda” tal lengua. En este sentido, los EEMM han de establecer procedimientos o

mecanismos para determinar si esta persona habla o entiende la lengua del proceso penal y en consecuencia, si necesaria la asistencia de intérprete (art. 2.4).

A este respecto, la jurisprudencia del TEDH determina que corresponde a los órganos jurisdiccionales probar que el acusado habla adecuadamente la lengua del tribunal y no a éste acreditar que no lo hace²⁷⁶. En consecuencia, la duda sobre el conocimiento o no de la lengua por el sospechoso o acusado por parte del tribunal, ha de resolverse accediendo al auxilio del intérprete en la diligencia de que se trate y a la interpretación de los documentos esenciales.

Desde el punto de vista *objetivo*, la Directiva resulta de aplicación a cualquier proceso de naturaleza penal. Expresamente, el artículo 1.1 de la Directiva prevé la aplicación de la norma a los individuos sujetos a una orden europea de detención y entrega²⁷⁷, algo que se reitera al desarrollar el derecho a la interpretación (art. 2.7), así como el derecho a la traducción de los documentos esenciales (art. 3.6), señalando que el Estado de ejecución de una ODE velará para que sus autoridades faciliten la interpretación y la traducción escrita de la ODE a quien, estando sujeto a este procedimiento, no hable o entienda la lengua del procedimiento o, en su caso, no entienda la lengua en que esté redactada.

Una de las críticas a la precipitada entrada en vigor de la Decisión marco reguladora de la ODE²⁷⁸ fue la ausencia de una norma reguladora de los derechos y garantías procesales que garantizasen adecuadamente los derechos de los sometidos a uno de estos procedimientos de detención y entrega. Sin embargo, ese déficit comienza a paliarse –de forma tardía– con el dictado de las nuevas Directivas, y ya, expresamente se recoge el derecho a la interpretación y traducción gratuitas para los detenidos por una ODE en los mismos términos regulados en la Directiva para el resto de procesos penales.

²⁷⁶ STEDH de 24 de septiembre de 2002 (asunto M.G. c. Reino Unido), párr. 41.

²⁷⁷ Considerando 15 y artículo 1.1 de la Directiva.

²⁷⁸ Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), DOUE de 18 de julio de 2002 L 190/1, modificada por la Decisión marco del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (2009/299/JAI) DO de 27 de marzo de 2009.

La Directiva se ocupa también del supuesto especial que constituyen los procedimientos sancionadores de naturaleza mixta, entendiendo por tales, aquellos que, si bien no tienen naturaleza penal, sin embargo, la resolución por la que finalizan sí es susceptible de recurso ante un tribunal de justicia de naturaleza penal. En estos casos, los derechos reconocidos en la Directiva se aplican sólo al proceso penal, al recurso, pero no al procedimiento previo (artículo 1.3 de la Directiva).

En cuanto al ámbito de aplicación *temporal*, los derechos a la traducción y a la interpretación de aplicarán a partir del momento en que las autoridades competentes pongan en conocimiento del individuo, mediante notificación oficial o de cualquier otro modo, que es sospechosa o acusada de la comisión de una infracción penal. Conforme al artículo 1.2 de la Directiva, estos derechos se mantendrán hasta la resolución definitiva del proceso, mediante sentencia que declare su inocencia o culpabilidad o por cualquier otra resolución, extendiéndose el derecho igualmente a los recursos que puedan interponerse hasta que dicha resolución definitiva devenga firme.

1.6.2. El derecho a la interpretación

Específicamente, el artículo 2 de la Directiva aborda el desarrollo del derecho a la interpretación del que se beneficia el sospechoso o acusado que no entienda la lengua del proceso, con independencia de su nacionalidad. Puede ocurrir, incluso, que aun siendo el sospechoso o acusado nacional del país en el que se sigue el proceso penal, sea necesaria la presencia de intérprete por tratarse de un Estado plurilingüe, desconociendo el interesado la lengua en la que se desarrolle el proceso²⁷⁹.

La asistencia de intérprete al sospechoso o acusado que no entienda la lengua del proceso penal, con independencia de que sea un ciudadano nacional, incluye la asistencia a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral (intérpretes de lenguaje de signos), conforme al artículo 2.3 de la Directiva, que se extiende tanto al

²⁷⁹ Así ocurre en España –y seguirá siéndolo en virtud de la cláusula de no regresión-. El Tribunal Constitucional, desde su sentencia 74/1987, de 24 de mayo, viene reconociendo el a la interpretación no solo a los extranjeros, sino también a los españoles que desconozcan suficientemente el castellano, anteponiendo la proscripción de la indefensión (art. 24.1 CE) y la prohibición de discriminación (art. 14 CE) al deber de conocer el castellano (art. 3 CE).

interrogatorio policial, como en todas las vistas y audiencias judiciales que se celebren en el proceso. Igualmente comprende la asistencia a la comunicación directa entre el sospechoso y su acusado en cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o para la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales (art. 1.2).

El Tribunal Supremo español –aún sin haber sido transpuesta la Directiva al Derecho interno- pero entendiendo, no obstante, su valor de guía en la interpretación de los derechos y garantías del artículo 6 del CEDH ha declarado, en relación con la diligencia de entrada y registro en domicilio de persona extranjera que no conocía el idioma español, que “Aun cuando la Directiva no cite de modo expreso la entrada y registro, es claro que como diligencia que afecta a los derechos fundamentales de una persona sospechosa de haber cometido una infracción penal y cuyo resultado puede ser utilizado como prueba en su contra, el derecho del imputado a la interpretación integrado en su derecho de defensa aconseja que se practique con intérprete, en caso de conocerse previamente el desconocimiento del idioma español por parte del imputado, y siempre que no lo impidan razones de urgencia, dada la especial naturaleza de la diligencia o la imposibilidad de disponer de un intérprete del idioma del imputado”²⁸⁰. A partir de esta doctrina podemos concluir que el parámetro para determinar si determinada diligencia o actuación ha de ser practicada con asistencia de intérprete es que su resultado pueda ser utilizado como prueba en su contra.

Hay que advertir que la prestación de este derecho por parte del intérprete puede ser directa, inmediata, con la presencia simultánea del intérprete y del acusado o sospechoso en la estancia en la que se esté llevando a cabo el interrogatorio, la vista o comparecencia de que se trate, pero también puede serlo mediante “el uso de tecnologías de la comunicación como la videoconferencia, el teléfono o Internet, salvo cuando se requiera la presencia física del intérprete con miras a salvaguardar la equidad del proceso” (art. 1.6 de la Directiva). En este sentido, habrá que estar a la concreta diligencia de que se trate y al concreto ordenamiento jurídico, pues no todos admiten la práctica de determinadas actuaciones a través de estos medios tecnológicos.

²⁸⁰ SSTs/2ª de 12 de marzo de 2014, FD 5º y de 26 de junio de 2012, FD. 4º.

1.6.3. El derecho a la traducción de documentos esenciales

El artículo 3 de la Directiva se ocupa del derecho a la traducción. Al respecto fija como reglas generales: 1) La traducción tiene que ser facilitada al sospecho o acusado que no entienda la lengua del proceso, “*en un plazo razonable*” y 2) La traducción alcanza a “todos los documentos esenciales”.

La finalidad, al igual que el derecho a la interpretación, es doble: que el acusado esté en condiciones de ejercer su derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso. El CEDH no contempla expresamente el derecho a la traducción, si bien desde muy temprano el TEDH lo entendió comprendido en el apartado 3 a) del artículo 6, conforme al cual todo acusado tiene derecho “a ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él”. Dice el TEDH que aunque este precepto “no especifica que se deba facilitar o traducir por escrito a un inculpado extranjero la pertinente información, demuestra la necesidad de tener el máximo cuidado en notificarle la acusación [...] Un acusado que desconozca la lengua utilizada por el tribunal puede encontrarse en la práctica en una situación desfavorable si no se le entrega también una traducción del acto de acusación, escrita en un idioma que comprenda”²⁸¹.

Sobre cuál sea plazo razonable, dependerá de diversos factores, tales como la complicidad del asunto o su volumen, o de la concreta actuación procesal a realizar y plazos asociados a la misma, etc. Habrá que estar al supuesto concreto. En todo caso, el plazo debe permitir, en circunstancias de normalidad, que el sospechoso o acusado y su abogado puedan ejercer su derecho a la defensa.

En relación con los documentos que tienen la condición de esenciales y por tanto, que deben ser facilitados al sospechoso o acusado, la Directiva incluye expresamente “cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia” (art. 3.2). Pero el derecho a la traducción no es un derecho incondicional o ilimitado, extendiéndose a la total de procedimiento o a la totalidad de

²⁸¹ Por todas, STEDH de 18 de octubre de 2006 (asunto *Hermi* c. Italia), párr. 68.

determinados documentos. La Directiva prevé también que “no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan” (art. 3.4). En este sentido, el TEDH ha señalado que el derecho a la información contemplado en el artículo 6.3 a) del CEDH “no llega pues a exigir una traducción por escrito de toda prueba documental o pieza oficial del sumario”²⁸².

Señala la Directiva que corresponde a las “autoridades competentes” decidir, en un supuesto determinado, si resulta esencial la traducción de cualquier otro documento, al margen de la resolución que priva de libertad, del escrito de acusación y de la sentencia. También es documento esencial, que tendrá que ser traducido, la ODE. Efectivamente, en el supuesto de sujetos sometidos a una ODE que no comprendan el idioma en que esté redacta la orden o la lengua a la que haya sido traducida por el Estado emisor, el Estado de ejecución deberá facilitar al mismo una traducción escrita en una lengua que conozca.

El acusado o imputado y su letrado pueden efectuar una petición sobre la traducción de documentos (art. 3.3). La autoridad competente será, dependiendo de la fase del proceso, el juez de instrucción u otra autoridad encargada de la investigación o el tribunal encargado del enjuiciamiento.

La decisión negando la traducción de determinados documentos o pasajes de los mismos será recurrible ante la autoridad y por el procedimiento que determinen los EEMM, a instancias del sospechoso o acusado y también por supuesto, aunque no lo diga la directiva, a instancias de su abogado. Igualmente ha de ser susceptible de reclamación la traducción efectuada cuando se estime por éstos que no tiene la calidad suficiente para garantizar la equidad del proceso (art. 3.5).

1.6.4. La renuncia a estos derechos

El derecho a la traducción es renunciable, si bien para que la renuncia sea eficaz y válida es necesario que previamente el sospechoso o acusado haya recibido

²⁸² STEDH de 18 de octubre de 2006 (asunto *Hermi* c. Italia), párr. 70.

asesoramiento jurídico previo o haya tenido, de otro modo, pleno conocimiento de las consecuencias de su renuncia, así como que la renuncia sea inequívoca y de carácter voluntario (art. 3.8 de la Directiva). No indica la norma el modo en que ha de manifestarse esta voluntad, lo que permite que lo sea tanto por escrito firmado por el interesado, como de forma oral, documentándose en acta extendida por la autoridad policial o judicial. En ambos casos estará asistido de su abogado como garantía del asesoramiento previo. En el seno del proceso habrá de ser la autoridad o funcionario competente quién llevará a cabo ese deber de información con mención expresa de las consecuencias de la renuncia, asegurándose que han sido comprendidas por el sospechoso o acusado, sin perjuicio de la información que le haya facilitado también su propio letrado. De la renuncia así llevada a cabo se dejará constancia conforme al procedimiento de registro que, al efecto, hayan establecido los Estados, como prevé el artículo 7 de la Directiva. Esto debe entenderse no en el sentido de que haya de crearse un registro específico, sino de la constancia que deba quedar en las actuaciones conforme al Derecho interno. Ya hemos advertido anteriormente que, en principio, y salvo que los Derechos internos establezcan otra cosa, el cumplimiento de esta obligación de información podrá efectuarse por escrito o de forma oral, pero quedando constancia de ello.

Por el contrario, el derecho a la interpretación es irrenunciable. Es fundamental que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y que esté en condiciones de ejercer su derecho de defensa, lo que no puede lograrse si se desconoce la lengua del proceso. Otra cosa es que el interesado no ejercite este derecho, pero, en todo caso, no puede renunciarlo, dada su naturaleza esencial. En el derecho a la traducción la cuestión es diferente, pues la renuncia, –mientras sea con pleno conocimiento de las consecuencias, libre y voluntaria- no impide su efectivo derecho a la defensa, ya que del contenido de los documentos sí tiene conocimiento su letrado, y de los hechos que se le imputan tendrá conocimiento, en este caso, de forma oral a través de la actuación del traductor y la información que a través de éste le hagan llegar el tribunal, o su letrado u otros intervinientes en el proceso.

1.6.5. Denegación del derecho por las autoridades y recursos contra esta decisión

Los EEMM deben establecer los procedimientos o mecanismos para determinar, en caso de duda, si el sospechoso o acusado conoce la lengua del procedimiento y en consecuencia, si necesita la asistencia de intérprete. Si la decisión fuese denegatoria del derecho, se ha de establecer un sistema de recursos que permita revisar esta decisión, correspondiendo su concreta determinación a los EEMM. Esta medida, sin duda, constituye un reforzamiento del derecho del sospechoso o acusado y obliga a los Estados a una mayor implicación en la garantía efectiva de este derecho, más allá de la simple responsabilidad de la designación del intérprete²⁸³.

1.6.6. La preocupación por la calidad de la traducción y de la interpretación

Los EEMM ha de establecer un procedimiento o recurso que permita al imputado o acusado presentar una reclamación porque la calidad de la interpretación no haya sido la adecuada en orden a “salvaguardar la equidad del proceso” (art. 2.6). Hay un llamamiento expreso; tanto en la regulación del derecho a la interpretación (art. 2.8) como de la traducción (art. 3.9), a que éstas tengan “una calidad suficiente para garantizar la equidad en el proceso”, que permita al sospechoso o acusado conocer los cargos que se le imputan y ejercer adecuadamente su derecho a la defensa.

El TEDH proclama que el intérprete debe ser *competente*²⁸⁴, algo que no siempre se consigue, no exigiéndose en muchos casos una específica titulación o la superación de unas pruebas que acrediten su aptitud²⁸⁵. En este sentido, señala el TEDH que “El derecho así garantizado debe ser concreto y efectivo. La obligación de las autoridades competentes no se limita, por tanto, a la designación de un intérprete: les corresponde, además, el posterior ejercicio de control de la calidad de la interpretación²⁸⁶. Así pues,

²⁸³ ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevas Directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal”, en AAVV, *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Comares, Granada, 2011, p. 281.

²⁸⁴ STEDH de 24 de septiembre de 2002 (asunto *Cuscani* c. Reino Unido).

²⁸⁵ Sobre los problemas presentados en relación con la mala calidad de los servicios de interpretación puede consultarse DE LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, P., “El intérprete judicial: ese interlocutor emocional entre el acusado y el juez”, *Diario La Ley* núm 7368, de 24 de marzo de 2010. Edición digital, LA LEY 1681/2010. En este artículo la Magistrada De Luna pone de manifiesto distintos errores lingüísticos que han podido provocar la condena de inocentes; también el informe del CGPJ español, sobre el régimen jurídico aplicable a la interpretación y traducción de idiomas extranjeros en el proceso penal, de 15 de noviembre de 2012, a raíz del escrito de queja de una asociación profesional de jueces y magistrados sobre los problemas de interpretación en la Comunidad de Madrid y sus deficiencias. <www.poderjudicial.es>.

²⁸⁶ STEDH de 18 de octubre de 2006 (Asunto *Hermi* c. Italia), apto. 68.

cuando la calidad de la interpretación se considere insuficiente para garantizar el derecho a un juicio justo, las autoridades deben poder sustituir al intérprete actuante por otro (considerando 26).

Igualmente, cuando el sospechoso o acusado o su letrado entiendan que la traducción o, en su caso, la interpretación, no tienen la calidad necesaria para garantizar la equidad del proceso podrán presentar una reclamación ante la autoridad judicial o investigadora y por los procedimientos que determinen los EEMM (arts. 2.5 y 3.5).

Para alcanzar esta *calidad suficiente* la Directiva prevé que los EEMM creen un registro de traductores e intérpretes. Sin embargo no se indica qué formación, titulación o requisitos se habrán de exigir para acceder a los mismos. Igualmente se exige que quede constancia de las actuaciones y diligencias en las que haya intervenido intérprete mediante el sistema de registro que determinen los EEMM.

No obstante, se critica la ausencia de otros mecanismos de control barajados en distintos proyectos normativos anteriores, en particular, que no se exija grabación de aquellas actuaciones en las que intervenga el intérprete o, al menos, las de mayor trascendencia en el proceso, como su declaración ante la autoridad judicial u otras autoridades de investigación, tal y como preveía el proyecto de Decisión marco de 2004. Igualmente, hubiera sido deseable que la Directiva fijase las bases en relación a la formación o requisitos para poder inscribirse los traductores en los registros oficiales a crear, de cara a una regulación uniforme de esta profesión en todo el territorio de la Unión, y que se regulase igualmente las obligaciones y derechos de los mismos, facilitando así el ejercicio transnacional de la profesión²⁸⁷.

1.6.7. Gratuidad para el sospechoso o acusado

La gratuidad de estos derechos, incluso en el supuesto de sentencias condenatorias, es un requisito establecido por el TEDH²⁸⁸. Conforme a esta doctrina el artículo 4 de la Directiva recoge expresamente tal gratuidad, señalando que los EEMM

²⁸⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE...”, *ob. cit.*, p. 14.

²⁸⁸ STEDH de 28 de noviembre de 1978 (asunto *Luedicke, Belkacem y Koç* c. Alemania), párr. 46.

sufragarán los gastos de la traducción y de la interpretación, con independencia del resultado del proceso. En relación con la ODE, los EEMM de ejecución debe facilitar y sufragar los costes de interpretación y traducción de la persona que no entienda o no hable la lengua del procedimiento (considerando 15). Por su parte, el artículo 30.1 Decisión marco relativa a la ODE²⁸⁹, establece que “Los gastos causados en el territorio del Estado miembro de ejecución por la ejecución de la orden de detención europea serán sufragados por dicho Estado miembro”.

2. LOS DERECHOS DE INFORMACION EN LOS PROCESOS PENALES: LA DIRECTIVA 2012/13/UE, DE 22 DE MAYO DE 2012

2.1. Sobre la necesidad de regular los derechos a la información en los procesos penales

En un paso más en la creación de un espacio común en materia de justicia en la UE, se aprobó la segunda de las Directivas en desarrollo del Plan de trabajo de para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales²⁹⁰. Se trata del desarrollo de la Medida B “información sobre derechos e información sobre los cargos”²⁹¹, derechos que son objeto de regulación por la Directiva 2012/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales²⁹².

El precedente en la regulación de estos derechos de información se encuentra en el Libro Verde de la Comisión de 2003 sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la UE, que sirvió en gran medida para formular el posterior proyecto de Decisión marco de 2004, que finalmente no vio la luz. Para la Comisión resultaba esencial que los acusados conociesen, por escrito y en lengua

²⁸⁹ Decisión marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. *DO* núm. 190 de 18 de julio de 2002.

²⁹⁰ Resolución del Consejo de 20 de noviembre de 2009 (2009/C 295/1), *DO* de 4 de diciembre de 2009.

²⁹¹ Como explicación breve a esta medida señala el Anexo al Plan de trabajo que “Una persona que sea sospechosa o que esté acusada de un delito ha de recibir información verbal o, cuando procesa, por escrito sobre sus derechos fundamentales, por ejemplo mediante una carta de derechos. Además, la persona debería poder recibir información inmediatamente sobre la índole y el motivo de la acusación. Una persona que ha sido acusada debería tener derecho, en un tiempo oportuno, a toda la información necesaria para la preparación de su defensa, quedando entendido que ello no deberá perjudicar el buen desarrollo del proceso penal.

²⁹² *DO* de 6 de noviembre de 2013.

comprensible, sus derechos fundamentales. La existencia de una “Carta de Derechos” a entregar a los acusados permitiría a éstos conocer plenamente sus derechos, con lo que se evitarían errores judiciales y violaciones del CEDH²⁹³.

La Comisión justificó la necesidad de una intervención a nivel de la Unión para regular este derecho a la información, estableciendo una normas mínimas, ante las grandes divergencias en la manera en que se informa a los sospechosos y acusados de sus derechos, que en la mayoría de los casos solo es de forma verbal²⁹⁴, lo que disminuye su eficacia y dificulta la supervisión de su cumplimiento por parte de las autoridades estatales²⁹⁵. En definitiva, recordemos, esta disparidad en el alcance de los derechos de información y modo de hacerlos efectivos dificulta el objetivo de alcanzar un espacio único de justicia basado en el principio de confianza mutua.

Entre los trabajos manejados por la Comisión para preparar la Propuesta de directiva, destaca el llevado a cabo por investigadores de las Universidades de Maastricht y de Ghent, en el que se ponen de manifiesto, efectivamente, los diferentes sistemas de información entre los EEMM y en las formas de llevarlo a cabo. Así, en cuatro Estados no existía la obligación legal de informar sobre el derecho a ser asistido por abogado, y sólo en diez Estados el sospechoso o acusado era informado de sus derechos por escrito. Pero incluso en los Estados que facilitaban esta información por escrito existía una gran divergencia entre el contenido de la información facilitada, así, por ejemplo, algunos de ellos no hacían mención al derecho a ser asistido de interprete y al de traducción²⁹⁶.

Por otra parte, y pese a que de los artículos 5 y 6 CEDH se deriva esta obligación de información de derechos, la Comisión entiende, a la vista de los trabajos manejados, que resulta insuficiente esta protección, dado que no recogen cómo debe

²⁹³ COM (2004) 328 final 2004/0113(CNS), Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales..., apto. 45 de la Exposición de Motivos.

²⁹⁴ El diferente alcance de estos derechos y modo de hacerlos efectivos en cada uno de los EEMM puede consultarse en el Anexo III de la Evaluación de Impacto que acompañaba a la Propuesta de Directiva, Bruselas, 20 de julio de 2010 SEC(2010) 907, versión en inglés.

²⁹⁵ Propuesta de Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales, Bruselas, 20 de julio de 2010 COM (2010) 292 final, 2010/0215 (COD), apto. 16 de la Exposición de Motivos.

²⁹⁶ SPRONKEN T., VERMEULEN, VOCHT D. PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Comisión Europea, 2009, pp. 19-22.

facilitarse esa información y tampoco recogen expresamente el derecho de acceso al contenido del expediente. Además, las garantías que ofrece el CEDH operan siempre *ex post* y la reparación a una violación de estos derechos puede demorarse años²⁹⁷, lo que determina la necesidad de una norma a nivel de toda la Unión que, partiendo de los derechos ya reconocidos por el CEDH, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH, vaya más allá en orden a un efectivo cumplimiento, por parte de los Estados, de los derechos a la información como instrumentos necesarios para garantizar el derecho de defensa y el derecho a un proceso justo con todas sus garantías.

2.2. Punto de partida: la regulación preexistente de estos derechos, en especial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el ámbito de la Unión, los derechos de información en el proceso penal tienen su reconocimiento normativo al más alto nivel en el CEDH y en la CDFUE, además de estar también reconocidos en otros instrumentos internacionales, como el PDCP cuyo artículo 9.2 establece que “Toda persona detenida será informada en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”.

Centrándonos en el ámbito regional europeo, el artículo 6.3 CEDH establece, con carácter general, que “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa...” (art. 6.3) y en particular, que “Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella” (art. 5.2).

Por su parte, la CDFUE contiene también distintas disposiciones que han de ser observadas en la regulación que la Unión lleve a cabo de estos derechos. Así, el artículo 6 establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. El artículo 47 que “...Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída pública y

²⁹⁷ Evaluación de Impacto que acompaña a la Propuesta de Directiva relativa al derecho de información en el proceso penal, Bruselas, 20 de julio de 2010, SEC(2010) 907, pp. 13-14.

equitativamente y dentro de un plazo razonable (...) toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”. Finalmente, el artículo 48.2 “...garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”.

Como señala la Comisión en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva, el derecho a la información de los derechos y garantías a los sospechosos –no detenidos-, no se menciona explícitamente en el CEDH (sí lo hace, como hemos visto, el derecho a la información a los detenidos sobre los motivos de la detención y de la acusación, art. 5.2 y a los acusados y sospechosos en general del motivo de la acusación en el art. 6.3). Pero este derecho a la información de los derechos que se poseen se deriva de la jurisprudencia emanada del TEDH para garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del Convenio. Así, se señala la obligación que tienen los Estados de llevar a cabo medidas positivas y eficaces para que el sospechoso, acusado o el detenido puedan tener conocimiento de cuáles son sus derechos, en particular, el derecho a la asistencia letrada, a que esta asistencia pueda ser gratuita y el derecho a guardar silencio²⁹⁸, a no responder a las preguntas que se le hicieran o bien a responder tan sólo a las preguntas que se desee contestar. La ausencia de información de que el acusado o sospechoso dispone de estos derechos, facilitada antes del interrogatorio, supone una violación de los derechos del sospechoso a no declarar contra sí mismo y a guardar silencio que consagra el artículo 6 del Convenio en sus apartados 1 y 3²⁹⁹.

De este modo, el derecho fundamental a la información para todo sujeto pasivo de un proceso penal se configura, a la vez, como una obligación para las autoridades públicas encargadas, en cada caso de la investigación policial y judicial –autoridad pública de persecución³⁰⁰- y que se extiende a lo largo de todo el proceso,

²⁹⁸ SSTEDH de 10 de agosto de 2006 (asunto *Padalov* c. Bulgaria), de 27 de marzo de 2007 (asunto *Talat Tunc* c. Turquía) y de 11 de diciembre de 2008 (asunto *Panovits* c. Chipre), párr. 72-74.

²⁹⁹ STEDH de 14 de octubre de 2010 (asunto *Brusco* c. Francia), párr. 54-55.

³⁰⁰ PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 91.

2.3. Fundamento de los derechos a la información

El fundamento de los derechos de información se encuentra en los principios de igualdad y contradicción, esenciales para dar efectividad al más general y fundamental derecho a un juicio justo, que, junto a la realización efectiva del derecho de defensa, se erigen en finalidad de esta regulación. Así, del análisis de la jurisprudencia del TEDH se desprende que “el derecho a ser informado de la acusación no puede ser entendido de manera aislada, ya que forma parte, indiscutiblemente, del contenido esencial del principio de contradicción y del mismo modo, constituye un presupuesto necesario y fundamental del derecho de defensa, puesto que el imputado o acusado muy difícilmente puede participar de forma activa -ejerciendo su derecho a defenderse- en un proceso en el que desconoce todo o parte de lo que se le imputa o acusa”³⁰¹. Así, el derecho a la información se constituye en un presupuesto del derecho de defensa.

2.4. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva

La Directiva tiene por objeto establecer unos requisitos mínimos a nivel de toda la UE –salvo Dinamarca- en relación con la información que han de recibir los sospechosos o acusados en relación con sus derechos procesales y el procedimiento iniciado contra ellos. La Directiva regula un conjunto de derechos que podemos denominar “derechos de información” comprendiendo, en particular, los siguientes:

- Derecho a recibir información sobre los de los derechos que tiene toda persona sospechosa, acusada o imputada, con carácter general en un proceso penal.
- En particular, información de los derechos que tiene toda persona al ser detenido y de los que ha de ser informado.
- En particular, derecho a recibir información sobre la acusación formulada.
- Derecho de acceso a los materiales del expediente.

Los Derechos regulados por la Directiva se aplican en todo el territorio de la Unión, incluidos Reino Unido e Irlanda, con la única excepción de Dinamarca, que ha optado por no participar ni quedar vinculada por esta norma³⁰².

³⁰¹ AGUDO ZAMORA, M. y MILIONE FUGALI, C., “El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 23, 2009, p. 205.

³⁰² De conformidad con los protocolos núms. 21 y 22 anejos al TUE y al TFUE y haciendo uso de los derechos allí concedidos a estos Estados Reino Unido e Irlanda notificaron su voluntad de participar en la

Desde el punto de vista subjetivo, la Directiva resulta de aplicación a toda persona sospechosa o acusada que se encuentre en el ámbito territorial de su aplicación, “independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad” (Considerando 16). En consecuencia, la circunstancia de ser inmigrante en situación administrativa irregular es irrelevante a estos efectos, gozando de todos los derechos reconocidos en la Directiva. Si se trata de una persona que no conoce el idioma del país en el que se está llevando a cabo las actuaciones de investigación, entrará en juego el derecho a la interpretación y en su caso, a la traducción como presupuesto necesario para dar efectividad a los derechos de información.

Se aplica a todo sospechoso o acusado sujeto a un proceso penal o a un procedimiento de ejecución de una ODE. Quedan excluidos aquellos procedimientos de naturaleza no jurisdiccional por los que se imponen sanciones de diversa índole que son susceptibles de recurso ante un tribunal penal. En estos casos, sólo resulta de aplicación los derechos contenidos en la Directiva en la fase de recurso de la que, ya sí, conoce el tribunal penal, pero se aplica a la fase previa no jurisdiccional³⁰³.

Los derechos aquí regulados resultan de aplicación al sospecho o acusado durante todo el proceso y la fase preprocesal de investigación. Es decir, desde el instante mismo en que por una autoridad del Estado (policial, judicial, fiscal) se pone en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se les acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la resolución definitiva del proceso –con resolución condenatoria o absolutoria-, así como durante la fase de recursos, hasta la firmeza de la resolución que puso término al proceso (art. 1.1 de la Directiva).

2.5. El derecho a la información sobre los derechos y garantías que posee el sospechoso o acusado

Conforme al artículo 3.1 todo sospechoso o acusado –no detenido- ha de recibir “con prontitud” información sobre los derechos procesales que le asisten, conforme a la

adopción y aplicación de esta Directiva y Dinamarca, por el contrario, la de no participar en su adopción y no quedar vinculada por la misma ni estar sujeta a su aplicación.

³⁰³ Singularmente las *ordnungswidrigkeit* de los derechos alemán y holandés.

respectiva legislación nacional, a fin de que pueda efectivamente ejercitarlos. Tales derechos –continúa diciendo el precepto- son, como mínimo, los siguientes:

- a) Derecho a tener acceso a un abogado;
- b) El eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla;
- c) Derecho a ser informado de la acusación;
- d) Derecho a la interpretación y traducción;
- e) Derecho a permanecer en silencio.

Sobre quien haya de facilitar esta información nada dice la Directiva, por lo que serán los EEMM, al transponer la norma a los ordenamientos internos, los que lo determinen. Dependerá naturalmente del momento de la investigación en el que nos encontremos. Si es en un momento previo al proceso será la autoridad policial o el Ministerio Fiscal. En sede judicial, corresponderá a la autoridad que se determine –normalmente el juez-, aunque dependiendo de los derechos internos puede encomendarse esta competencia a otra autoridad o funcionario³⁰⁴.

En cuando al modo de llevar a cabo esta información, precisa el artículo 3.2 de la Directiva que puede ser “verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables”. En este sentido, la autoridad o funcionario que lleve a cabo la información de derechos no deberá limitarse a leer o recitar de forma rutinaria una relación de derechos sino que, dependiendo precisamente de las circunstancias personales del individuo –edad, capacidad de comprensión, nivel de estudios-, deberá explicar esos derechos, en qué consisten y asegurarse de que efectivamente los ha comprendido. Si en el momento de la información de derechos ya hubiese comparecido el letrado del sospechoso o acusado, la misma deberá efectuarse a presencia de éste, como garantía adicional de la información y comprensión de los derechos que ostenta.

2.6. El derecho a recibir por escrito una declaración de los derechos que asisten al detenido

³⁰⁴ Así la Ley de Enjuiciamiento Criminal española atribuye esta competencia al Secretario judicial, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para implantación de la Nueva Oficina Judicial. *vid.* art. 775 LECRIM.

Como especialidad al más genérico derecho a recibir información de los derechos procesales que posee todo sospechoso o acusado analizado, el artículo 4 de la Directiva regula las especialidades de este derecho cuando el sospechoso o acusado se encuentre detenido o, de otra manera, privado de libertad. Por su parte, el artículo 5 recoge las especialidades cuando el detenido lo es, como consecuencia de una ODE.

Básicamente las especialidades hacen referencia al modo de llevar a cabo la información, que será por escrito, y al contenido de la información, más extensa, comprensiva de un número mayor de derechos. Igualmente el detenido sujeto a un procedimiento de ejecución de una ODE goza de este derecho de información de escrito.

La persona detenida ha de recibir “con prontitud” la declaración escrita de derechos. “Se le dará ocasión de leer la declaración de derechos y se le permitirá conservarla en su poder durante todo el tiempo que dure la privación de libertad” (artículo 4.1 de la Directiva). Pese a esta expresa previsión de lectura por parte del detenido, no debe descuidarse la información verbal “en un lenguaje sencillo y accesible” y asegurarse, la autoridad que lleve a cabo dicha información, que el interesado ha comprendido sus derechos.

La declaración escrita de derechos se facilitará en una lengua que el detenido comprenda. Cuando no se disponga de la declaración en esa lengua, se informará al detenido oralmente en una lengua que comprenda. Nuevamente los derechos a la traducción y a la interpretación se revelan aquí como derechos instrumentales pero esenciales para la efectividad, en este caso, de los derechos a la información. Sobre la información escrita, el TEDH ha señalado la conveniencia de que la información de derechos, en los casos en los que el detenido ha sido informado verbalmente de los motivos de la detención, se le facilite, a continuación, por escrito³⁰⁵. En este sentido, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura han recomendado que se proporcione a la persona detenida una copia escrita

³⁰⁵ STEDH de 8 de enero de 2008 (asunto *Boyle* c. Reino Unido), párr. 38.

de sus derechos y que, posteriormente, se le pida que firme un documento en el que declare que ha recibido esa información³⁰⁶.

Respecto del contenido de la declaración de derechos escrita que se ha de entregar, además de los derechos que con carácter general tiene todo detenido o sospechoso previstas en el artículo 3.1 de la Directiva (asistencia letrada, en su caso gratuita con información de las condiciones para su obtención; a la información de la acusación; a interpretación y traducción y derecho a permanecer en silencio), la declaración ha de contener información relativa también a los siguientes derechos:

- a) Derecho de acceso a los materiales del expediente,
- b) Derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona designada,
- c) Derecho de acceso a atención médica urgencia,
- d) Derecho a recibir información sobre la duración máxima –horas o días- que una persona puede estar detenida antes de ser llevada ante una autoridad judicial, y
- e) Derecho a recibir información sobre las posibilidades de “impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma o solicitud de libertad provisional” (art. 4.3 de la Directiva).

Como especialidad a los supuestos anteriores, el artículo 5 se ocupa del derecho a la información de derechos en el procedimiento de ejecución de una ODE. En estos casos el detenido, también deberá recibir “con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos” en el Estado de ejecución, conforme a su normativa reguladora en aplicación de la DM 2002/584/JAI. Tales derechos son los siguientes:

- a) Derecho a ser informado sobre el contenido de la ODE por la que ha sido detenido,
- b) Derecho a la asistencia de abogado que, en su caso, podrá ser gratuita,
- c) Derecho a la interpretación y a la traducción a una lengua que comprenda,
- d) Derecho a prestar o no su consentimiento a la entrega interesada en la ODE e información sobre las consecuencias jurídicas de una u otra decisión,
- e) Derecho a comparecer ante la autoridad judicial, caso de no aceptar su entrega.

³⁰⁶ Subcomité para la Prevención de la Tortura: Maldivas, Doc. ONU: CAT/OP/MDV/1 (2009), párrs. 95-98; Normas del CPT, 6th General Report, CPT/Inf (96) 21, párr. 16.í; según se recoge en *Manual de Amnistía Internacional Juicios Justos* 2ª ed., Amnistía Internacional, <ammesty.org> 2014, p. 42, nota 86.

Por su parte, la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre reguladora, entre otros, del derecho a la asistencia letrada, establece la obligación para el Estado de ejecución de informar al detenido del derecho a designar abogado en el Estado de emisión de la ODE que colabore con el abogado que le asiste en el Estado de ejecución, como veremos en su momento.

La Directiva sobre la información de derechos propone en su anexo II un modelo “indicativo” de la declaración de derechos a entregar al detenido en estos casos. Su finalidad es exclusivamente ayudar a las autoridades nacionales para elaborar sus respectivos modelos, pudiendo modificar este modelo para armonizarlo, en su caso, con sus normas nacionales e incluir, conforme a ellas, otras informaciones adicionales.

2.7. El derecho a recibir información de la acusación

El artículo 6 de la Directiva regula el derecho de todo sospechoso o acusado a recibir información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o de la que se le acusa de haber cometido. El alcance de este derecho es distinto en función de la situación del individuo –que esté en libertad o que esté detenido-, y de la fase de la investigación o del proceso en que éste se encuentre. Así, el artículo 6 de la Directiva distingue entre:

- a) La información que con carácter general se ha de facilitar a todo sospechoso o acusado,
- b) La información que se ha de facilitar al detenido o privado de libertad, y
- c) La información cuando se materialice ante el tribunal una acusación formal.

El modo en que se ha de facilitar esta información será “con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa”. La forma efectiva de llevarlo a cabo dependerá del momento procedimental. En unos casos será oral –por ejemplo en el instante mismo de una detención-, en otros, escrita –cuando hay ya una acusación formal, por ejemplo con entrega de copia del documento en que ésta se plasme-. En todo caso, como dice la Directiva, con el grado de detalle suficiente para alcanzar la finalidad perseguida por estos derechos y garantías procesales: el ejercicio del derecho de defensa y la equidad

del proceso. Veamos, a continuación, las distintas “modalidades” de este derecho a recibir información sobre la acusación:

a) Derecho a recibir información sobre la infracción cometida. Con carácter general, el artículo 6.1 de la Directiva recoge el derecho de todo sospechoso o acusado a recibir información “sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido”. Partimos de una situación de libertad del individuo que, sin embargo, está siendo investigado o ha sido ya acusado por la realización u omisión de hechos que pudieran ser constitutivos de delito.

b) Derecho del detenido a conocer los motivos de la detención. En segundo lugar, el apartado 2 de este artículo se ocupa, en particular, de esta información cuando el individuo se encuentra privado de libertad o detenido. Entonces, además de la infracción penal de la que es sospechoso o viene acusado, se ha de informar expresamente de los motivos de la detención o privación de libertad (hechos concretos).

c) Derechos del acusado a conocer, antes del juicio, los motivos de la acusación. Seguidamente, el apartado 3, establece la obligación de facilitar información detallada sobre la acusación con vistas al enjuiciamiento. Aquí no hablamos ya de sospechas, existe una acusación formal de la que el acusado ha de recibir información detallada, incluidas la naturaleza y la tipificación de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada. En este sentido, el TEDH ha declarado que artículo 6.3.a) CEDH consagra el derecho del acusado a ser informado de la causa de la acusación, es decir, los hechos que se le imputan y sobre los que la acusación se basa, así como de la naturaleza de la acusación; es decir, la calificación jurídica de los hechos en cuestión. Además, la información sobre la naturaleza y causa de la acusación debe ser adecuadas para que los acusados puedan preparar su defensa³⁰⁷.

d) Variación en los hechos y en la calificación jurídica. Por último, el apartado 4 establece la obligación de informar “con prontitud” sobre cualquier cambio

³⁰⁷ STEDH de 22 de diciembre de 2005 (asunto *Ayç* y otros c. Turquía), párr. 21. En este caso y en el allí citado (*Göç* c. Turquía), el tribunal no había dado traslado al acusado y a su defensa del escrito de acusación del Fiscal no teniendo, en consecuencia, oportunidad de rebatir por escrito sus conclusiones. El TEDH entendió que, efectivamente, esto produjo una violación del artículo 6.1 CEDH (párr. 24 y 26).

que se produzca en la información sobre acusación previamente facilitada, siempre que “sea necesario para salvaguardar la equidad en el proceso” y aunque no se diga expresamente, para la efectividad del derecho de defensa, que se erigen en finalidades últimas de estos derechos de información. Se trata, en definitiva, de que el acusado pueda preparar adecuadamente su defensa. Efectivamente, los hechos, pero sobre todo la calificación jurídica que de ellos se haga, puede cambiar a lo largo del proceso, a medida que la investigación avanza. Esta información tiene que ser comunicada por las autoridades al acusado o su letrado, de forma clara y en tiempo útil que le permitan ejercer oportunamente su derecho de defensa, tal y como ha puesto de manifiesto el TEDH³⁰⁸.

También se vulnera este derecho cuando el tribunal, a la hora de enjuiciar, aun cuando esté facultado para ello, lleve a cabo una recalificación de los hechos, sin dar la posibilidad al acusado “de ejercer su derecho de defensa en ese punto de una manera concreta y efectiva, y por tanto a su debido tiempo”³⁰⁹.

2.8. El derecho de acceso a los materiales del expediente. Límites y modo de acceso

La última manifestación del derecho a la información de la que se ocupa la Directiva en su artículo 7 es el derecho de acceso a los materiales del expediente, esto es, a conocer toda la documentación y todas las resoluciones que obren en las actuaciones, si bien este derecho puede ser objeto de restricciones.

Toda persona sospechosa o acusada, esté o no detenida o privada de libertad, tiene derecho a recibir estos documentos e informaciones por sí mismo o a través de su abogado. El obligado a la entrega será la autoridad competente en cuyo poder obren. En

³⁰⁸ STEDH de 25 de marzo de 1999 (asunto *Pelissier y Sassi* c. Francia). En este caso los acusados lo habían sido durante toda la fase del juicio, en calidad de autores del delito imputado, articulando éstos su defensa en consecuencia. Sin embargo, el tribunal de apelación, los condenó como cómplices, sin que hubieran tenido ocasión de articular su defensa frente a esa imputación. El Tribunal condenó a Francia por una violación del artículo 6.3.a) CEDH.

³⁰⁹ STEDH de 5 de marzo de 2013 (asunto *Varela Geis* c. España) párr. 54. En este caso, la Audiencia Provincial, condenó al acusado por el delito de “justificación” de genocidio y no por el de “negación” de genocidio del que venía acusado, a tenor de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de las acusaciones privadas. El tribunal, aunque podía recalificar los hechos al no constituir una modificación esencial de lo pedido por las acusaciones, sin embargo no dio opción al acusado para pronunciarse sobre esta variación, de los hechos, de la que sólo tuvo conocimiento, de manera tardía, con el dictado de la sentencia.

principio, y con carácter general, será el juez que esté conocimiento del proceso. Pero también, si nos encontramos aún en una fase preprocesal -detención e investigación policial, por ejemplo-, serán esas autoridades policiales las que faciliten la documentación pertinente.

El objeto de la información difiere en función de la situación procesal del imputado o sospechoso (que esté o no detenido), y de la finalidad de la información. Así distinguimos dos supuestos:

a) Cuando el sospechoso o acusado se encuentre detenido o privado de libertad. En este caso, el objeto de la información lo constituye “aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad” (art. 7.1). Vemos, pues, que la finalidad, al menos inmediata de este suministro de información es permitir la impugnación de la situación de privación de libertad. En este caso, el suministro de la información ha de ser de forma prácticamente inmediata la detención, para que su impugnación pueda efectuarse lo antes posible dado el derecho a la libertad que se está viendo afectado y por la posible existencia de plazos breves para efectuar tal impugnación en los ordenamientos internos.

b) En general, para cualquier sospechoso o acusado, aunque no esté privado de libertad. El derecho de acceso debe ser “al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor y en contra de dicha persona”, la finalidad obviamente es, como añade el precepto “salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa” (art. 7.2). En este caso, y para que pueda cumplirse esta finalidad, la información “se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal”. Si con posterioridad a este momento se incorporasen al expediente nuevas pruebas, también deberán ser puestas en conocimiento del acusado o su defensa para que puedan ser estudiadas, con antelación suficiente (art. 7.3).

Es necesario referirse también a las *limitaciones* al derecho de acceso a los materiales del expediente, pues no es un derecho absoluto e incondicional. Así, para el supuesto general de acceso a las pruebas materiales la Directiva prevé, como excepción, que pueda denegarse el acceso a determinados materiales probatorios del expediente. El supuesto ha de ser muy excepcional pues limita o dificulta el derecho a un juicio equitativo y como elemento necesario para ello, el derecho a la defensa, al no disponer el acusado y su abogado de todos los materiales acusatorios. Dos son los supuestos en que queda justificado el sacrificio –siquiera temporal- de estos derechos del acusado:

- 1) Cuando con ello pueda darse lugar “a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona...” y
- 2) Cuando la denegación sea estrictamente necesaria “para defender un interés público importante”. En este caso, a modo de ejemplo la Directiva cita dos supuestos: a) “los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso...”; y b) “cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal”.

En todos los casos hay un conflicto de derechos e intereses legítimos de un lado los del sospechoso o acusado, de otro la vida u otros derechos fundamentales de otra persona, o un prevalente interés general. Ello determina que el juez lleve a cabo un juicio de proporcionalidad y valorando todos los intereses y derechos en juego valore y determine si efectivamente deben ceder los derechos a la defensa y a la igualdad de armas en el proceso, o determinar de qué modo estos derechos pueden quedar garantizados y a la vez, no afectar los derechos fundamentales de un tercero o el interés general. Necesariamente esta resolución ha de revestir naturaleza jurisdiccional, pues si bien se permite la adopción de esta decisión por una autoridad no jurisdiccional, la misma debe ser siempre recurrible ante un juez o tribunal. La decisión del juez deberá ser siempre motivada para conocer el juicio lógico de razonamiento que le ha llevado a tal conclusión.

Aunque nada diga la norma, corresponde a los ordenamientos internos determinar el *modo* que se lleve a cabo el acceso a las actuaciones. En ocasiones bastará la simple exhibición y toma de conocimiento por parte del letrado o del propio acusado. Pero en otros, dado su volumen o complejidad, la información deberá facilitarse

mediante copia de los documentos obrantes en el expediente. Solo así podrá ejercerse efectivamente el derecho de defensa. La Comisión, en la Exposición de Motivos del Proyecto de directiva presentado, sí preveía la posibilidad de “acceso adicional” al expediente cuando éste fuese “especialmente voluminoso” o cuando “los intereses de la justicia así lo requieran”³¹⁰. Esta previsión, sin embargo, no ha accedido al texto normativo de la Directiva finalmente aprobada. Sin embargo, así deberá procederse si se quiere garantizar el derecho a un juicio justo, pudiendo el interesado ejercer efectivamente el derecho de defensa.

El acceso a la información contenida en el expediente se facilitará gratuitamente, no obstante, la propia directiva al hablar de esta gratuidad se refiere a la misma, “...sin perjuicio de las legislaciones nacionales que exijan el pago de tasas por la copia de documentos del expediente o por los costes de envío de los materiales a la persona interesada o a su abogado”³¹¹. En consecuencia, esta excepción –que se recoge en un considerando de la directiva y no en su articulado–, puede hacer ilusorio tal carácter gratuito, proclamado a modo de principio.

3. LOS DERECHOS A LA ASISTENCIA LETRADA, A INFORMAR SOBRE LA DETENCIÓN Y A COMUNICAR CON TERCEROS Y CON LAS AUTORIDADES CONSULARES: LA DIRECTIVA 2013/48/UE, DE 22 DE OCTUBRE DE 2013

3.1. Objeto de la directiva: los derechos a la asistencia letrada y los derechos a comunicar la detención.

³¹⁰ Se decía que “El acceso al expediente no debe limitarse a una única inspección. Se debe conceder acceso adicional si el acusado o su abogado lo consideran necesario. Cuando un expediente sea especialmente voluminoso o los intereses de la justicia así lo requieran se deberá proporcionar al acusado un índice de los documentos incluidos en el expediente, para que pueda decidir a qué documentos desea tener acceso”. Apto. 32 de la Exposición de Motivos del Proyecto de directiva. COM(2010) 392 final, Bruselas 20 de julio de 2010. 2010/0215(COD).

³¹¹ Artículo 7.5 y considerando 34 de la Directiva.

La tercera norma aprobada en ejecución del Plan de trabajo de 2009 ha sido la Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre de 2013³¹², sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Esta Directiva (la Directiva en lo sucesivo), pone en marcha parte de la medida C y la medida D, de dicho Plan. Efectivamente, de la medida C³¹³ se desarrolla el derecho al asesoramiento jurídico, quedando para su regulación posterior en otra Directiva el derecho a la justicia gratuita previsto también en esta medida. En cuanto a medida D³¹⁴, desarrolla todos los derechos en ella contenidos relativos a la comunicación de la detención. Así pues, el objeto de la Directiva es la regulación, con el establecimiento de normas mínimas, de los siguientes derechos apuntados en su artículo 1:

- a) El derecho del sospechoso o acusado y del sometido a una ODE al asesoramiento jurídico o derecho a la asistencia letrada.
- b) El derecho de la persona privada de libertad a que se informe del hecho de la privación a la persona que designe.
- c) El derecho de la persona privada de libertad a comunicar con un tercero de su elección.
- d) El derecho a la asistencia consular de los sospechosos o acusados privados de libertad.

³¹² DO de 6 de noviembre de 2013.

³¹³ La Medida C, que lleva por rúbrica “Asesoramiento jurídico y justicia gratuita” del Plan de Trabajo de 2009, ofrecía como breve explicación –sin valor normativo alguno– que “Para el sospechoso o acusado en el marco de un proceso judicial, el derecho a asesoramiento jurídico (a través de un abogado) en la fase adecuada más temprana del proceso es fundamental para preservar la equidad del mismo; el derecho a asistencia jurídica gratuita debe garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho a asesoramiento jurídico”.

³¹⁴ La Medida D lleva por rúbrica “Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares”, con la siguiente breve explicación: “Todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad será informado, sin demora de que tiene derecho de avisar al menos a una persona, por ejemplo un familiar o al empleador, de su privación de libertad, quedando entendido que ello no deberá perjudicar el buen desarrollo del proceso penal. Además, todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad en un Estado distinto del Estado del que sea nacional será informado de que tiene derecho a advertir a las autoridades consulares competentes de su privación de libertad”.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita ha quedado fuera de la regulación de esta Directiva, para serlo de modo independiente en otro texto normativo. De este modo, siguiendo la filosofía del “paso a paso” que inspira el proceso de construcción europea, y que se concreta también en el Plan de trabajo de 2009, en un desarrollo gradual del mismo, ha sido posible salvar las divergencias entre los EEMM en relación con el alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Pero ello no ha sido un freno para sacar adelante la Directiva en aquellos aspectos en los que sí ha existido acuerdo, quedado para un momento posterior, a la espera de nuevas negociaciones, la regulación de los aspectos sobre los que no existía tal consenso, como ocurre con el alcanzar a dar al derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este sentido, el artículo 11 de la Directiva remite a las respectivas normativas nacionales en materia de asistencia jurídica gratuita, que deben ser interpretadas, como no podía ser de otra forma, de conformidad con el CEDH y la CDFUE.

El conjunto de derechos aquí regulados forman parte del bloque de los denominados “derechos del detenido a comunicarse con el mundo exterior”³¹⁵. De ellos, se echa de menos la regulación también del derecho de acceso a personal médico y de atención de su salud mientras dure la detención. Se trata de un derecho sobre el que hubiese existido, probablemente, el suficiente consenso para su regulación en esta misma Directiva por su conexión con los derechos regulados, pese a no venir inicialmente en el Plan de trabajo, sin que ello fuese un obstáculo, pues el propio Plan prevé la posibilidad de regulación de otros derechos distintos de los expresamente allí previstos.

La dificultad de los EEMM, como veremos más adelante, para alcanzar el necesario consenso sobre el alcance del derecho a la asistencia de abogado, y las diferencias existentes sobre el mismo en los distintos Estados, ha determinado un muy generoso plazo de más de tres años para que los Estados puedan llevar a cabo las adaptaciones necesarias para transponer la Directiva. En concreto, el artículo 15 fija como fecha límite para la transposición a los ordenamientos internos el 27 de noviembre de 2016.

³¹⁵ Esta es la denominación utilizada por Amnistía Internacional, *Juicios Justos*, ob. cit., p. 53.

3.2. Ámbito de aplicación

En relación con su ámbito de aplicación *personal*, la Directiva resulta de aplicación a todo sospechoso o acusado en un proceso penal y a la persona sometida a una ODE y ello con independencia también de la nacionalidad del individuo –sea de la Unión, o de un tercer Estado-, y de su situación administrativa en el Estado de la detención (art. 2 aptos. 1 y 2). En todo caso se aplicará a la persona privada de libertad, con independencia de la fase del proceso penal en que se haya producido (art. 2.4 *in fine*).

La Directiva precisa que será también de aplicación a aquellos individuos que no siendo inicialmente sospechosos o acusados de la comisión de una infracción penal, por ejemplo, testigos o quienes inicialmente aparecían únicamente como víctimas o perjudicados, pasan a ser sospechosos o acusados en el transcurso de su declaración o interrogatorio. En este caso, y desde el momento en que surge la sospecha, se ha de detener la actuación policial o judicial que se esté desarrollando, a fin de dar efectividad a los derechos reconocidos en esta Directiva (art. 1.3). No obstante conviene efectuar dos precisiones a esta regulación. Primero, la Directiva señala que esta circunstancia puede presentarse en el curso de un interrogatorio “por la policía u otros cuerpos de seguridad” pero nada impide que lo sea también en el curso de una diligencia ya judicial o ante otra autoridad como el Ministerio Fiscal. En segundo lugar, no solo los derechos reconocidos en esta Directiva serán de aplicación a estos individuos, sino todos los que el ordenamiento jurídico les reconoce en tal condición.

Cuando el sospechoso, acusado o reclamado por una ODE, sea una persona especialmente vulnerable han de tenerse en cuenta sus necesidades específicas (art. 13). En este sentido, la Comisión presentó la Recomendación de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en los procesos penales sobre las garantías de los sospechosos o acusados cuando sean personas especialmente vulnerables³¹⁶.

³¹⁶ DO de 24 de diciembre de 2013

Desde la perspectiva *material*, los derechos aquí recogidos resultan de aplicación “únicamente a los procedimientos ante un tribunal competente en materia penal” así como a los procedimientos de ejecución de una ODE (arts. 2.4 y 10). Expresamente, quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellos procedimientos en los que, no obstante su naturaleza sancionadora para infracciones leves, la autoridad que impone la sanción no es un tribunal penal. Solamente si la resolución por la que se impone esta sanción (que en ningún caso será la privación de libertad), es susceptible de recurso ante un tribunal penal, entonces las disposiciones de la Directiva serán de aplicación al recurso que se siga ante el tribunal penal, pero no al procedimiento –no penal- previo³¹⁷.

En cuanto al ámbito de aplicación *territorial*, la Directiva se aplica a todos los EEMM salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Estos Estados, en ejercicio de la facultad que les confieren los protocolos 21 (para Reino Unido e Irlanda) y 22 (para Dinamarca), no participan en la adopción de la Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. Así se recoge expresamente en los considerandos 58 y 59 de la misma. Efectivamente, pese a que en un momento inicial de las negociaciones Reino Unido e Irlanda manifestaron su intención de participar y quedar vinculados por la Directiva, en un momento posterior de las mismas, ejercitaron esta opción de descuelgue.

Finalmente, desde su perspectiva *temporal* cabe hablar en un doble sentido. Así, de un lado, en lo relativo a su entrada en vigor, que lo fue a los veinte días de su publicación en el Diario oficial³¹⁸ y al plazo de transposición por los EEMM a sus ordenamientos internos. En este caso, dado el alcance de las reformas que, en algunos Estados, es preciso llevar a cabo, se ha establecido un plazo amplio que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2016.

Desde otro punto de vista, el ámbito de aplicación temporal de la norma hace referencia al momento de la investigación o del proceso a partir del cual son de aplicación los derechos recogidos en la Directiva y hasta qué momento se mantienen. En este sentido hay que distinguir, de un lado, los supuestos de los sospechosos o

³¹⁷ Artículo 2.4 y considerando 16 de la Directiva.

³¹⁸ Así se establece en el artículo 17. Fue publicada el en *DO* de 6 de noviembre de 2013.

acusados sometidos a un proceso penal, y de otro, la persona reclamada y detenida en virtud de una ODE.

En el primer caso, la Directiva resulta de aplicación a todo sospechoso o acusado en un proceso penal “desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en su conocimiento, mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal, y con independencia de si están privados de libertad”. En todo caso, los derechos recogidos de la Directiva se aplican a todo sospechoso o acusado privado de libertad, con independencia de la fase en que se encuentre el proceso penal (art. 2.4 *in fine*). La aplicación se extiende hasta la decisión definitiva del proceso “que determina si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso” (art.1.1). En el segundo supuesto, la Directiva resulta de aplicación al sometido a una ODE a partir del momento de su detención en el Estado de ejecución de la Orden (art. 1.2).

3.3. El derecho al asesoramiento jurídico por letrado

3.3.1. Sobre la importancia del derecho

El derecho a la asistencia letrada o asesoramiento jurídico resulta esencial para el más general derecho de defensa, a su vez, indispensable para la configuración del proceso penal con todas las garantías. Para ello, el derecho a la defensa debe ser real y efectivo. Como recuerda el TS español, “El proceso penal del Estado de Derecho se estructura sobre la base del principio acusatorio y de la presunción de inocencia. Para que su desarrollo respete las exigencias de un proceso justo [...] es necesario que el imputado conozca la acusación y pueda defenderse adecuadamente de la misma. De esta forma, el derecho de defensa, como derecho reconocido a cualquier imputado, resulta esencial, nuclear, en la configuración del proceso”³¹⁹.

Este carácter nuclear ha determinado la dificultad a la hora de poner de acuerdo a los EEMM en la regulación a nivel de toda la Unión de este Derecho pues, aunque reconocido en el CEDH y otros instrumentos internacionales en los que son parte todos

³¹⁹ STS/2ª de 9 de febrero de 2012.

los EEMM, el alcance del mismo no ha sido igual en todos ellos, suscitando recelos por parte de algunos Estados a una ampliación sobre el alcance de este derecho.

3.3.2. Su regulación en el CEDH y alcance del derecho según la jurisprudencia del TEDH.

El derecho a la asistencia letrada se encuentra recogido en diversos preceptos del CEDH. Así, con carácter general, el artículo 6.1 establece, para todo tipo de procesos y fases procesales, el derecho a un proceso justo señalando que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...”.

Por su parte, el artículo 6.3 CEDH, ya en concreto para el proceso penal, establece que “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”. Finalmente, en relación con el derecho a la libertad y los supuestos en los que cabe la misma, el artículo 5.4 CEDH dispone que “Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

Partiendo de estos artículos, el TEDH ha establecido un amplio cuerpo doctrinal sobre el alcance de este derecho. En primer lugar, y pese a las reticencias de los Estados, a extender el derecho a la asistencia letrada a las fases iniciales de la investigación. El TEDH ha señalado que efectivamente debe facilitarse este derecho a todo sospechoso en las fases iniciales de los interrogatorios policiales, así como en todo caso en que se vea privado de libertad. La doctrina aplicable queda resumida y sistematiza en la sentencia dictada por el TEDH en el caso *Salduz c. Turquía*³²⁰, en los siguientes términos:

³²⁰ STEDH de 18 de noviembre de 2008 (asunto *Saluz c. Turquía*), párr. 50 a 55, con cita de la abundante jurisprudencia de este Tribunal al respecto.

“... [A]unque el artículo 6 tiene como finalidad principal, en lo penal, asegurar un proceso equitativo ante un «tribunal» competente para decidir del «buen fundamento de la acusación», ello no significa que se desinterese de las fases que se desarrollan antes del procedimiento. Así, el artículo 6 –especialmente su párrafo 3– puede jugar un rol antes de la comparecencia ante el juez si y en la medida en que, su inobservancia inicial arriesgue a comprometer gravemente la equidad del proceso [...] Como se encuentra establecido por la jurisprudencia del Tribunal, el derecho enunciado en el párrafo 3 c) del artículo 6 constituye un elemento entre otros de la noción de proceso equitativo en materia penal contenido en el párrafo 1 [...] El Tribunal subraya la importancia del estadio de la investigación para la preparación del proceso, en la medida en la que las pruebas obtenidas durante esta fase determinan el marco en el que la infracción imputada será examinada en el procedimiento [...] Paralelamente, un acusado se encuentra con frecuencia en una situación particularmente vulnerable en este estado del procedimiento [...] En la mayoría de los casos, esta vulnerabilidad particular no puede ser compensada de manera adecuada sino por la asistencia de un abogado, cuya tarea consiste principalmente en hacer que sea respetado el derecho de todo acusado a no declarar contra sí mismo. Este derecho presupone que, en un asunto penal, la acusación trate de fundar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por la fuerza o por presiones con desprecio de la voluntad del acusado [...] Un rápido acceso a un abogado forma parte de las garantías procesales a las que el Tribunal presta una atención particular cuando examina la cuestión de saber si un procedimiento ha aniquilado o no la sustancia misma del derecho a no contribuir a la propia incriminación [...] para que el derecho a un proceso equitativo consagrado por el artículo 6.1 permanezca suficientemente «concreto y efectivo» (párrafo 51), es necesario, por regla general, que el acceso a un abogado sea consentido desde el primer interrogatorio de un sospechoso por la policía, salvo que se demuestre, a la luz de las circunstancias particulares del caso, que existen motivos imperiosos para restringir este derecho. Incluso cuando motivos imperiosos puedan excepcionalmente justificar la negativa de acceso a un abogado, semejante restricción –cualquiera que sea su justificación– no debe perjudicar indebidamente los derechos del acusado derivados del artículo 6 [...] En principio se causa un atentado irremediable a los derechos de la defensa cuando las declaraciones incriminatorias realizadas en un interrogatorio policial sin asistencia posible de un abogado son utilizadas para fundamentar una condena”.

Un aspecto importante a destacar es que la finalidad del derecho, su razón de ser en estas fases preprocesales de investigación –advierte la sentencia– “...se encuentra principalmente en la necesidad de proteger al acusado contra toda coerción abusiva por parte de las autoridades. Contribuyen a la prevención de los errores judiciales y a la realización de los fines perseguidos por el artículo 6, principalmente la igualdad de armas entre las autoridades de investigación y enjuiciamiento y el acusado...”.

3.3.3. Regulación, en particular, del derecho a la asistencia letrada, en la Directiva

A modo de principios generales, el artículo 3 de la Directiva establece la obligación para los Estados de que el derecho a la asistencia letrada de sospechosos y acusados se preste “en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva” (art. 3.1). Como recuerda el TEDH, que aunque el CEDH deja en manos de los Estados determinar los medios que permitan hacer efectivo este derecho, deberán garantizarse las exigencias de un proceso equitativo. Así, “...a este respecto, no hay que olvidar que la Convención tiene por objeto ‘proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos’ y que el nombramiento de un abogado no garantiza por sí mismo la efectividad de la asistencia que pueda procurar al acusado”³²¹. Aunque conviene recordar que no es un derecho absoluto, estando sometido a restricciones o limitaciones, que se recogen en el artículo 3 apartados 5 y 6. Igualmente, es un derecho que puede incluso ser renunciable, bajo determinadas circunstancias y en supuestos concretos.

Así mismo, este derecho ha de ser prestado “sin demora injustificada” (art. 3.2). No obstante, existen supuestos en los que puede demorarse la prestación de este derecho de forma justificada, algo también admitido de forma excepcional por el TEDH. Pero las posibles restricciones habrán de ser analizadas caso a caso, y a la luz del procedimiento en su conjunto, para así determinar si las mismas han privado o no al acusado de un proceso equitativo “porque hasta una restricción justificada puede tener dicho efecto [vulnerar derecho de defensa] en ciertas circunstancias”³²².

Por último, cabe recordar qué se entiende por letrado a efectos de Directiva, siendo éste “cualquier persona que, con arreglo al Derecho nacional, esté cualificada y facultada, también mediante su acreditación por parte de un órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídicos a sospechosos o acusados” (considerando 15).

3.3.4. Momento a partir del cual el sospechoso o acusado ha de contar con asistencia letrada

³²¹ SSTEDH de 18 de noviembre de 2008 (asunto *Saluz* c. Turquía), párr. 51 y de 24 de noviembre de 1993 (asunto *Imbrioscia* c. Suiza), párr. 38.

³²² STEDH de 18 de noviembre de 2008 (asunto *Saluz* c. Turquía), párr. 52.

El artículo 3.2 de la Directiva señala que el sospechoso o acusado tiene el derecho a ser asistido por letrado sin demora injustificada, fijando, en concreto, determinados momentos o actuaciones procesales o preprocesales en las que el derecho debe “*en todo caso*” facilitarse:

- a) Antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales.
- b) En el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de obtención de pruebas, en aquellos supuestos en los que en la legislación interna prevea la presencia del sospechoso o acusado y que, como mínimo, comprenderá las diligencias de rueda de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.
- c) Sin demora injustificada tras la privación de libertad. Como excepción, podrá demorarse el derecho a la asistencia letrada de un detenido, durante la fase de instrucción, con carácter temporal –el mínimo indispensable- y excepcional, en el caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada (art. 3.5 de la Directiva). En concreto, el artículo 8 recoge las condiciones que, con carácter general, han de concurrir para que pueda aplicarse esta excepción temporal, fijando las siguientes: a) que sea proporcional y se limite a lo estrictamente necesario; b) que esté rigurosamente limitada en el tiempo; c) que no se base exclusivamente en el tipo o gravedad de la infracción y d) que no menoscabe las garantías generales de un juicio justo. Además, se requiere esta decisión limitativa deberá ser adoptada mediante resolución motivada e individual, por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, con tal de que sea susceptible de control jurisdiccional.
- d) Con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal, se presente ante dicho tribunal.

3.3.5. Contenido del derecho

Para que el derecho a la asistencia letrada sea real y efectivo, de modo que quede garantizado el derecho a la defensa y con ello, el derecho a un proceso equitativo o con todas las garantías los Estados deben garantizar las manifestaciones de este derecho que recoge el artículo 3.3 de la Directiva, y que se concretan en las siguientes:

a) Entrevista y comunicaciones privadas. Confidencialidad. Los Estados han de garantizar que el sospechoso o acusado pueda entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que le asista, antes de ser interrogado tanto por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad, como por la autoridad judicial. Estas

comunicaciones deben ser confidenciales, por ello el artículo 4 de la Directiva establece la obligación de respetar “la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado previsto en la presente Directiva”. En particular, están protegidas las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y cualquier otra forma de comunicación permitida por la legislación nacional entre letrado y cliente. En este punto, ya el TEDH había declarado que pese a “...la falta de mención expresa en el Convenio al derecho del acusado a comunicarse libremente con su abogado para la preparación de su defensa [...] no impide que tal derecho no pueda deducirse implícitamente del art. 6.3, en sus apartados b) y c), dado su carácter esencial a tal efecto y sin perjuicio de que puedan establecerse restricciones necesarias justificadas en cada caso...”³²³.

En este punto, debe tenerse en cuenta, que el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la garantía en que consiste la confidencialidad de las reuniones de los letrados con sus clientes, en el asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros³²⁴, en el que varios colegios de abogados impugnaron la Directiva 91/308/CEE –Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales–, en particular la obligación que se establecía a los abogados de suministrar información sobre blanqueo de capitales en las relaciones con sus clientes. El TJCE declaró que tal obligación privaría al cliente de los derechos a un juicio justo recogidos en el artículo 6 CEDH, ello siempre que sea al hilo de un proceso penal, pues sí resulta compatible con tal artículo la obligación cuando los abogados asistan o actúen en nombres de sus clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria que, por su propia naturaleza, se realizan fuera del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo³²⁵.

³²³ SSTEDH de 30 de septiembre de 1985 (asunto *Can* c. Austria), párr. 50 y de 31 de enero de 2001 (asunto *Lanz* c. Austria), párr. 50.

³²⁴ STJCE, de 26 de junio de 2007, asunto C-305/05 (*Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros contra el Consejo).

³²⁵ En general, sobre los pronunciamientos del TJCE relativos a las garantías y derechos que integran el más general derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6 CEDH, *vid.* LOPEZ ESCUDERO, M., “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, (coord. MANGAS MARTÍN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L. N.), Fundación BBVA, 2008, 739-758.

b) Intervención efectiva del letrado en el interrogatorio. Para que el derecho sea real y efectivo no basta con que el letrado esté presente en los interrogatorios, sino que ha de tener la posibilidad de intervenir “de manera efectiva” cuando interroguen al sospechoso o acusado. El modo concreto de esta intervención será fijado por los Estados en sus normativas internas, si bien los procedimientos que allí se prevean no podrán menoscabar el ejercicio efectivo del derecho ni afectar a su contenido esencial. Precisa también la Directiva que cuando el abogado efectivamente intervenga durante un interrogatorio se dejará constancia de ello.

c) El letrado ha de estar presente en determinadas diligencias de investigación. En todas aquellas diligencias en que haya de estar presente el sospechoso y acusado, conforme a las respectivas normativas internas, deberá estar asistido y asesorado por su letrado. En particular, señala la Directiva las siguientes diligencias: las ruedas de reconocimiento, los careos y las reconstrucciones de hechos³²⁶.

d) Facilitación de libre elección de abogado. Una de las manifestaciones básicas del derecho a la asistencia letrada es la libertad, para el sospechoso o acusado, de elegir a un abogado de su confianza (no obstante en supuestos excepciones es posible la limitación de este derecho). Para hacer efectivo la libre designación de abogado los EEMM “...se esforzarán por difundir información general con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados la designación de un letrado” (art. 3.4 de la Directiva).

3.3.6. Limitaciones o derogaciones temporales

Excepcionalmente podrán limitarse o impedirse las anteriores manifestaciones del derecho a la asistencia letrada durante la fase de instrucción cuando, a la vista de las circunstancias del caso, esté justificado y concurra alguna o ambas de las siguientes circunstancias: “a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para

³²⁶ El considerando 26 de la Directiva perfila lo que deba entenderse por estas diligencias “... las ruedas de reconocimiento, en las que un sospechoso o acusado figura entre otras personas con el fin de poder ser identificado por una víctima o un testigo; los careos, en los que se confronta a un sospechoso o acusado con uno o más testigos o víctimas cuando hay desacuerdo entre ellos respecto de hechos o cuestiones importantes; y las reconstrucciones de los hechos, en presencia de un sospechoso o acusado, con el fin de comprender mejor la forma y las circunstancias en las que se cometió un delito y estar en condiciones de hacer preguntas concretas al sospechoso o acusado”.

la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal” (art. 3.6).

Para que pueda aplicarse esta excepción temporal, el artículo 8 de la Directiva establece las condiciones que deben concurrir: a) que la limitación sea proporcional y se limite a lo estrictamente necesario; b) que esté rigurosamente limitada en el tiempo; c) que no se base exclusivamente en el tipo o gravedad de la infracción y d) que no menoscabe las garantías generales de un juicio justo. Para ello se requiere resolución motivada e individual, adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que sea susceptible de control jurisdiccional. Se trata de las mismas excepciones temporales previstas también para el derecho a la asistencia letrada en los supuestos de detención.

3.3.7. El derecho a la asistencia letrada en los procedimientos de ejecución de una orden de detención europea

La precipitada regulación de la ODE³²⁷, consecuencia de las prisas de los Estados en contar con este instrumento de lucha contra la delincuencia internacional, fundamentalmente, pero no solo en materia de terrorismo, tras los atentados del 11-S, supuso una regulación centrada casi exclusivamente en los aspectos inquisitivos o represivos en la persecución del delincuente, pero sin prestar la debida atención a los derechos y garantías de los individuos que pudieran verse sujetos a la misma. Ello se justificó con el argumento de que estaba trabajándose ya en una norma general sobre derechos y garantías procesales, la Propuesta de Decisión marco de 2004, que finalmente no vio la luz. Por ello, no ha existido un tratamiento uniforme por los EEMM a los derechos y garantías procesales de las personas sujetas a una ODE, lo que difícilmente encaja con la idea de alcanzar el clima de confianza mutua entre los Estados necesario para que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales se convierta efectivamente en el eje de la cooperación judicial penal y por ende, conseguir un espacio de justicia uniforme en todo el territorio de la Unión.

³²⁷ Decisión marco de 13 de junio de 2002 (DO L 190 de 18.7.2002, p. 1) modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO de 27 de marzo de 2009).

Las distintas Directivas dictadas en materia de derechos y garantías procesales hasta ahora aprobadas recogen ya expresamente la aplicación de los derechos que son objeto de regulación, y la medida de esa aplicación a los procedimientos sobre la ODE. Así, el artículo 10 de la Directiva recoge las particulares del derecho a la asistencia letrada de los detenidos sujetos a una ODE.

El derecho a la asistencia letrada del detenido a consecuencia de una ODE se manifiesta en un doble plano: asistencia letrada en el Estado de ejecución –en el que se produce la detención-y la posibilidad también de esa asistencia en el Estado emisor de la ODE. Veamos ambas manifestaciones, con más detalle:

a) Asistencia letrada en el Estado de ejecución. El derecho a la asistencia letrada del detenido en virtud de una ODE, es aplicable “tan pronto como se produzca su detención” y se extiende a los siguientes extremos:

- i. Derecho a la asistencia letrada en el momento y del modo que permitan al detenido efectivamente ejercer sus derechos y que, en todo caso, será sin demora injustificada tras la privación de libertad.
- ii. Derecho a la reunión y comunicación con su letrado. En este sentido resulta de aplicación lo previsto en el artículo 4 sobre la necesaria confidencialidad que ha de existir en estas comunicaciones, incluidas las reuniones, correspondencia, conversaciones telefónicas o cualquier otra forma de comunicación (art. 10.3).
- iii. Derecho a que el letrado esté presente e intervenga durante la declaración del detenido, quedando constancia de su intervención. El modo de intervención y constatación se llevará a cabo conforme a la normativa nacional.

b) Asistencia letrada en el Estado de emisión. Efectuada la detención en el Estado de ejecución, sus autoridades judiciales informarán a la persona reclamada, sin demora injustificada, de su derecho a designar abogado en el Estado de emisión, cuya función será la de prestar asistencia al letrado que le asista en el Estado de ejecución en que ha sido detenido. De este modo, se contará con la información y asesoramiento necesarios para la efectividad de los derechos reconocidos en la ODE (art. 10.4).

Si el detenido efectivamente desea asistencia letrada en el Estado de emisión y no cuenta ya con abogado allí designado, la autoridad competente del Estado de

ejecución informará con prontitud a la autoridad competente del Estado de emisión para que también, sin demora injustificada, facilite al detenido información sobre el letrado designado en aquel Estado.

Esta solicitud de abogado en el Estado de emisión no suspenderá los plazos previstos en la normativa reguladora de la ODE, en particular el plazo de que dispone el juez de ejecución para resolver sobre la entrega de la persona reclamada (art. 10.5 y 6). Esto supone que para que el derecho reconocido de designar abogado en el Estado de ejecución pueda ser real y efectivo, la comunicación entre las autoridades de ambos Estados ha de ser rápida, y la designación del abogado por las autoridades competentes también, debiendo habilitarse igualmente canales de comunicación ágiles y rápidos, entre el detenido y ambos letrados y de éstos entre sí. En este sentido, las comunicaciones a través de las nuevas tecnologías se revelan esenciales, en particular, el recurso a la videoconferencia u otro medio de comunicación similar. En todo caso, es precisa la asistencia de intérprete, si el detenido no conoce la lengua en la que se sigue el procedimiento de ejecución de la ODE.

3.4. Los derechos del detenido a que se informe de la detención a un tercero y a comunicar con terceros

3.4.1. Derecho a poner en conocimiento de un tercero el hecho de la detención

Todo sospechoso o acusado que se vea privado de libertad tiene derecho a informar de esta situación, si así lo desea, al menos a una persona por él designada. A modo de ejemplo, la Directiva señala que puede ser un familiar o un empleador, pero también cualquier otra persona. Esta información ha de facilitarse sin demora, salvo causa que lo justifique. Cuando se trate de un menor –que a estos efectos será todo menor de 18 años–, se debe informar lo antes posible de su situación de prohibición de libertad y de los motivos de ello a “*la persona en quien recae la responsabilidad parental*”, salvo que ello sea contrario a los intereses del menor. En este caso, se informará a otro adulto que se considere apropiado. El derecho debe extenderse a aquellos supuestos en los que, comunicada ya la situación y lugar de la detención, el detenido es trasladado a otro lugar (art. 5.1 y 2). Este derecho resulta también de aplicación a las personas reclamadas y detenidas en virtud de una ODE (art. 10.3).

Solamente podrá demorarse el ejercicio de este derecho cuando, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, resulte justificado por concurrir alguna de las siguientes *imperiosas* causas: a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una personay b) una necesidad urgente de prevenir una situación en la que pueda comprometerse de modo grave el proceso penal³²⁸. En estos casos, cuando se trate de un menor, se informará a la autoridad responsable de la protección o bienestar de los menores, ésta sí, sin demora injustificada. En tanto que medida limitativa de un derecho fundamental ha de ser excepcional e interpretada siempre de forma restrictiva, sin que los Estados, al transponer la norma, puedan ir más allá de los supuestos tasados y excepcionales.

3.4.2. Derecho del detenido a comunicarse con terceros

Por su parte, el artículo 6 de la Directiva regula el derecho del sospechoso o acusado privado de libertad a comunicarse con terceros, al menos con uno –por ejemplo, un familiar, dice la Directiva-. Este derecho debe facilitarse sin demora injustificada. No obstante, podrá demorarse o limitar su ejercicio “por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado”. Se observa así, que las razones para limitar este derecho van más allá que las previstas para la limitación del resto de derechos regulados por la Directiva, en los que se concretan cuáles son las condiciones generales para aplicar las excepciones temporales a la aplicación de los mismos. Como el derecho anterior, este derecho resulta también de aplicación a toda persona detenida en virtud de una ODE.

3.5. El derecho del detenido a comunicar con las autoridades consulares y a recibir la visita de éstas

La actividad consular supone la intervención de un Estado en el territorio de otro Estado, asistiendo y protegiendo a sus ciudadanos, también asegurando los bienes y derechos de las personas físicas y jurídicas de esa nacionalidad y los intereses de este

³²⁸ En España, para los delitos de terrorismo la LECRIM prevé la situación de “incomunicación” de los detenidos, durante la cual, entre otras restricciones no tendrá este derecho a la comunicación del hecho de la detención a un tercero (art. 527).

Estado, prestando, además, servicios a los nacionales del Estado receptor, en la medida que su ordenamiento jurídico y el Derecho internacional lo permitan³²⁹.

El artículo 7 de la Directiva se ocupa de los derechos de la persona detenida o, de otro modo, privada de libertad, a comunicarse con las autoridades consulares de su nacionalidad así como a ser visitado por éstas, conforme a lo establecido en el artículo 36 del Convenio de la ONU sobre Relaciones Consulares concluido en Viena el 24 de abril de 1963. Realmente, la Directiva no innova o recoge un nuevo derecho, sino que incorpora lo que ya se recoge en un Tratado internacional del que son parte también todos los EEMM. La regulación de este derecho a nivel de la Unión se intentó ya –junto a otros derechos y garantías procesales– en la Propuesta de Decisión marco de 2004. Finalmente, estos derechos han quedado incorporados al ordenamiento de la Unión, en la misma Directiva reguladora de los derechos a la asistencia letrada y a comunicar la detención a un tercero, en los términos que veremos a continuación.

La justificación para la regulación de este derecho en las garantías procesales reguladas por la UE, cuando ya figura en otro instrumento internacional suscrito por todos los EEMM, se encuentra en el Libro Verde del 2003 sobre derechos y garantías procesales, y radica en el deficiente conocimiento que los ciudadanos tenían de este derecho y por tanto, la limitada utilización que se hacía del mismo. En ocasiones, los extranjeros detenidos en un Estado que no es el suyo, renuncian a este derecho por el temor a represalias a la vuelta a su país por sus autoridades nacionales. En otras ocasiones, simplemente los Estados no facilitan esta información. Desechada la propuesta de Decisión marco, la regulación nuevamente de este derecho en el ordenamiento europeo se apunta en el Plan de Trabajo de 2009, en la Medida D, señalando que “...todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad en un Estado distinto del Estado del que sea nacional será informado de que tiene derecho a advertir a las autoridades consulares competentes de su privación de libertad”.

³²⁹ MARTÍ MARTÍ, X., “La actividad consular de España en el extranjero”, *REEI*, núm. 21, junio 2011, p. 3.

Son *titulares* de este derecho los ciudadanos extranjeros detenidos o privados de libertad en un Estado distinto del que son nacionales. En este contexto, por detenido extranjero se entiende tanto el nacional de otro EEMM como un tercer Estado, incluidos los detenidos en virtud de una ODE. Esta titularidad no se ve afectada por el hecho de la residencia habitual de la persona detenida ni por el tiempo que haya vivido en el Estado del que no son nacionales ni de su lengua materna. Así pues, el presupuesto necesario para la aplicación del art. 36 del Convenio de Viena es la condición de extranjero y todos ellos son beneficiarios de este derecho si son detenidos³³⁰.

En principio, las *autoridades consulares competentes* a las que comunicar la detención y de las que el detenido puede recibir visitas son las correspondientes al Estado de su nacionalidad. La directiva contempla expresamente los supuestos en los que el detenido tenga más de una nacionalidad, en estos casos, el detenido o acusado podrá elegir qué autoridades consulares, si así lo desea, deben ser informadas y con las que desea entrevistarse³³¹.

3.5.1. Regulación, en concreto, de estos derechos en la Directiva

En relación con *el derecho del detenido a comunicar con la autoridad consular*, establece el artículo 7.1 de la Directiva que: “Cada Estado miembro velará porque todo sospechoso o acusado que no sea nacional suyo y se vea privado de libertad goce del derecho a que se informe, sin demora injustificada, a las autoridades consulares del Estado del que sea nacional de que se encuentra privado de libertad, y a comunicarse con dichas autoridades, si así lo desea. No obstante, en caso de que el sospechoso o acusado tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse, en su caso, de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse”. El artículo 36.1 en su apartado b) del Convenio de Viena recoge en similares términos este derecho³³². La previsión expresa de que se informe “sin demora

³³⁰ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el Caso *Lagrand*”, *REEI*, núm. 6, junio 2003, p. 38

³³¹ Artículo 7.1 de la Directiva.

³³² En concreto, dice así: “...si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada,

injustificada” implícitamente conlleva la existencia de supuestos de demora injustificada. Sin embargo, los mismos no se prevén en la norma (a diferencia del derecho a comunicar con un tercero y a la asistencia letrada, en los que el artículo 8 establece las condiciones generales para aplicar excepciones temporales al efectivo ejercicio de estos derechos).

En cuanto al *derecho del detenido a ser visitado por las autoridades consulares*, se encuentra regulado en el apartado 2, del artículo 7, en los siguientes términos: “Todo sospechoso o acusado tendrá asimismo derecho a que lo visiten sus autoridades consulares, a conversar y a mantener correspondencia con ellas, y a que estas le faciliten representación legal, siempre que dichas autoridades estén de acuerdo y si así lo desea el sospechoso o acusado de que se trate”. Este derecho se traduce, a la vez, en el derecho de los Estados a visitar a sus nacionales detenidos en otros Estados, si los propios interesados consienten en ello. En el Convenio de Viena, el derecho viene recogido en similares términos en el artículo 36.1³³³.

Finalmente establece el artículo 7 de la Directiva que el ejercicio de estos derechos que lleven a cabo los Estados en sus respectivas normas internas no podrá afectar ni limitar la finalidad de los mismos. Esta Previsión coincide sustancialmente con lo dispuesto en el artículo 36.2 del Convenio de Viena³³⁴.

3.5.2. Consecuencias de la inobservancia de estos derechos conforme al Derecho internacional

detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado...”.

³³³ Así, el apartado c) del art. 36.1 establece que “...los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello”.

³³⁴ Estableciéndose en el art. 36.2 lo siguiente: “Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

Hasta ahora, el incumplimiento de este derecho, sin perjuicio de los recursos de carácter interno que pudiera interponer el afectado en caso de inobservancia del mismo, podía dar lugar a un recurso del Estado del afectado frente al Estado en que se produjo la detención, ante el Tribunal Internacional de Justicia. A partir de ahora, además de los recursos internos y sin perjuicio de otros recursos ante el TIJ, la violación de este derecho podrá ser conocida también por el TJUE. Además, los Estados quedan obligados a su respeto no solo por las obligaciones internacionalmente contrarias en relación con el Convenio de Viena, sino también, ahora, por el Ordenamiento de la Unión.

Precisamente, con ocasión de las demandas presentadas por unos Estados frente a otros, por incumplimiento de los derechos establecidos en el artículo 36 del Convenio de Viena, el TIJ ha tenido ocasión de pronunciarse, elevando a rango de derecho fundamental para el individuo afectado este derecho. Efectivamente, dos asuntos de los que conoció el TIJ y sus sentencias han sido transcendentales en el alcance de este derecho³³⁵, tanto desde la perspectiva de los Estados, en sus relaciones internacionales entre sí, como desde el punto de vista del individuo que se ve privado de este derecho reconociendo en el ordenamiento internacional.

En primer lugar, en el año 2001 en el asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América)³³⁶, el TIJ declaró que cuando ha existido una violación del artículo 36, el Estado en el cual se ha producido esa violación debería permitir la revisión y la reconsideración de las sentencias condenatorias y de las penas, como consecuencia precisamente de la violación de los derechos reconocidos en el Convenio de Viena. El TIJ señala que el artículo 36.1 del Convenio de Viena contiene derechos de doble titularidad. Así, de un lado, una parte estatal consistente en la comunicación consular que se inserta dentro de la asistencia consular y de otro, la parte individual consistente en la obligación del Estado territorial hacia el detenido extranjero en su territorio³³⁷. En

³³⁵ GÓMEZ ROBLEDO, J.J., “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, Organización de las Naciones Unidas, 2009, <www.un.org/law/avl>, p. 3.

³³⁶ STIJ de 27 de junio de 2001.

³³⁷ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia...”, *ob. cit.*, pp. 18-19.

estos casos el Estado infringe tanto los derechos del Estado extranjero, como los del individuo en sí mismo considerado, en lo que constituye, para él, una garantía procesal.

La segunda sentencia del TIJ que supone un punto de inflexión en la jurisprudencia sobre el artículo 36 del Convenio de Viena, fue la dictada el 31 de marzo 2004 en el asunto *Avena* y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América). En ella se reconocía expresamente la independencia de los derechos individuales y los del Estado, señalando al respecto que las violaciones de los derechos reconocidos a las personas en virtud del artículo 36 podían constituir una violación de los derechos de la persona. Además -y esto es de gran importancia desde el punto de vista de los derechos individuales-, señaló que el hecho de que esta sentencia se refiriera solo a ciudadanos mexicanos no significaba que sus conclusiones no se aplicaran a otros extranjeros que se encontraran en situaciones similares en otros países³³⁸.

3.5.3. Ciudadanía europea y protección consular

Por último, y aun cuando no resulta territorialmente de aplicación, y no se encuentra recogido en la Directiva, conviene recordar que el artículo 23 TFUE establece el derecho de los ciudadanos europeos, cuando se encuentren en un tercer Estado, a la protección diplomática y consular de otro Estado de la UE, cuando su propio Estado no tenga representación. Así, dispone que:

“Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.

El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, Directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección”.

³³⁸ GÓMEZ ROBLEDO, J.J., “Convención de Viena...”, *ob. cit.*, p. 3.

Ciertamente, este artículo reconoce el derecho a los ciudadanos de la UE³³⁹, pero en un ámbito territorial distinto a ésta. Efectivamente se circunscribe al territorio de un tercer país, que en este contexto –artículos 20 a 25 TFUE relativos a la ciudadanía de la Unión-, queda referido a países distintos de la UE. Se trata de un derecho asociado a la condición de nacional de la Unión, el único con proyección exterior, pues está orientado a que la protección del ciudadano funcione cuando se halla en países terceros en los que su país de origen no cuente con representación diplomática o consular³⁴⁰. También la CDFUE, en su artículo 46, recoge este derecho a los ciudadanos de la UE.

3.6. Requisitos para la renuncia de estos derechos en los supuestos en que sea posible

Los derechos a poner en conocimiento de un tercero y de la autoridad consular el hecho de la detención y de comunicar el detenido con los mismos tienen naturaleza renunciabile. En cuanto al derecho a la asistencia letrada, la Directiva no lo regula y remite a lo que puedan disponer al respecto las legislaciones internas³⁴¹.

En cualquier caso, la renuncia a los derechos a comunicar la detención y a comunicar del detenido y el derecho a la asistencia letrada cuanto esté permitido, está sujeta, para que sea eficaz, a los requisitos que establece el artículo 9 de la Directiva y que se concretan en: a) haber facilitado al sospechoso o acusado verbalmente o por escrito información clara, suficiente y en lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido del derecho y las posibles consecuencias derivadas de su renuncia y b) que la renuncia sea voluntaria e inequívoca, bien por escrito u oralmente –en estos casos habrá de documentarse para constancia en el proceso-, con indicación de las circunstancias en las que se ha producido y con mención expresa de la posibilidad de revocación.

³³⁹ Sobre los principales problemas que presenta hoy la configuración de la ciudadanía de la Unión, como un conjunto de derechos de los nacionales de los EEMM, así como sus relaciones con el resto de derechos fundamentales, *vid.* LINÁN NOGUERAS, D. J., “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 357-372.

³⁴⁰ GUZMÁN ZAPATER, M., “La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía”, *REDUE*, núms. 27 y 28 julio-diciembre 2014, enero-junio 2015, p. 260.

³⁴¹ En el caso español, la LECRIM, prevé que el detenido o preso pueda renunciar al derecho a la asistencia letrada si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad vial, en otro caso la asistencia letrada es preceptiva (art. 520.5).

Efectivamente, toda renuncia válidamente emitida puede ser revocada en cualquier momento posterior por el sospechoso o acusado, surtiendo efectos desde ese mismo momento. En consecuencia, desde ese momento también deberán adoptarse todas las medidas necesarias para que el derecho en cuestión resulte plenamente efectivo, incluyendo la paralización o suspensión de interrogatorios u otras diligencias que estuviesen llevándose a cabo, si fuera preciso, por ejemplo, en el caso del derecho a la asistencia letrada.

4. DISPOSICIONES COMUNES A LAS DIRECTIVAS YA APROBADAS

4.1. La existencia de registros

Las Directivas reguladoras de los derechos a la traducción y a la interpretación (art. 8.1), y a la información en los procesos penales (art. 7), prevén que quede constancia de la facilitación de estos derechos a los sospechosos y acusados mediante “el procedimiento de registro” previsto por los ordenamientos internos. Tal previsión no se contempla, sin embargo, en la Directiva reguladora de los derechos a la asistencia letrada y a la comunicación con terceros y autoridades consulares.

Esta previsión no significa que los Estados tengan que establecer un registro o base de datos *ad hoc* en la que se haga constar cada vez que se faciliten estos derechos. Así, el considerando 35 de Directiva sobre información de derechos aclara que la facilitación de estos derechos debe hacerse constar conforme a los procedimientos de registro en vigor en los Estados, sin que se establezca “ninguna obligación adicional de introducir nuevos mecanismos ni aumentar las cargas administrativas”. En la propuesta de Directiva presentada por la Comisión se indicaba que para garantizar que el sospechoso o acusado recibiese toda la información, los Estados debían “establecer un procedimiento para determinar si el interesado ha recibido la información. Por ejemplo, un impreso que habrá de firmar confirmando así la recepción de la información a una nota en la ficha policial”. Parece que ambas normas pretenden que quede constancia expresa de haber facilitado información sobre los derechos que regulan, y que la forma ordinaria de hacerlo sea la propia constancia en el proceso, siendo los ordenamientos internos los que determinarán el modo concreto para ello.

4.2. La formación de los operadores jurídicos

Una de las preocupaciones del legislador europeo es la formación de los operadores jurídicos en el derecho europeo. Ya el artículo 82 TFUE, en el ámbito de la cooperación judicial penal, señala entre las medidas que deben adoptar el Consejo y el Parlamento para conseguir la plena efectividad del principio de reconocimiento mutuo se encuentran las relativas a “apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”. Efectivamente, será difícil conseguir tal principio si no existe una confianza mutua entre las autoridades judiciales y para ello, resulta esencial la formación de los operadores jurídicos y el conocimiento que éstos tengan del ordenamiento europeo y de los ordenamientos del resto de Estados, al menos en sus aspectos esenciales o la facilidad de conocerlo en un momento determinado.

Esta preocupación tiene su reflejo en las Directivas aprobadas. Así en los artículos 6 de la Directiva de los derechos a la traducción e interpretación y 9 de la Directiva sobre información de derechos, se establece que los estados miembros “*solicitarán*”, en el primer caso, y “*exigirán*”, en el segundo caso, “a las personas encargadas de la formación de los jueces, fiscales y personal policial y judicial que intervienen en los procesos penales” que presten una atención especial a las particulares derivadas de la comunicación con la ayuda de intérpretes en un caso y con carácter más general, para la segunda Directiva, que ofrezcan una formación adecuada con respecto a los objetivos perseguidos por la misma. La Directiva reguladora del derecho a la asistencia letrada y los derechos a comunicar con tercero no contienen cláusula análoga a las anteriores, pero, desde luego, también la formación que reciban los operadores jurídicos ha de tener muy presente el contenido de la misma, en atención también a la importancia de los derechos allí regulados.

4.3. La cláusula de no regresión

Los artículos 8, 10 y 14 de la Directiva sobre los derechos a la traducción e interpretación, los derechos de información y los derechos a la asistencia letrada y a la comunicación con terceros proclaman, respectivamente, el principio de no regresión, entendido éste como la prohibición a los EEMM de rebajar, limitar o derogar el alcance

de los derechos y garantías allí regulados que ya se viniesen disfrutando en ese Estado – al amparo de normas nacionales o internacionales de aplicación-, con la excusa para ello en la menor extensión del Derecho que pueda recoger la Directiva. El mayor nivel de protección del derecho o garantía procesal puede derivar del CEDH, de la CDFUE o de cualquier otra norma internacional aplicable (PDCP, por ejemplo), o del ordenamiento interno del Estado.

En este sentido, y con carácter más general, el artículo 82.2 TFUE, tras establecer la posibilidad de que la Unión adopte normas mínimas en materia de derechos y garantías procesales, señala que tales normas mínimas no impedirán que los Estados mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas. Recordemos que la finalidad en la materia es el establecimiento de unas normas mínimas para toda la Unión y no unos máximos uniformes en todo su territorio.

Así la cláusula de no regresión se proyecta en un doble plano. De un lado permite establecer mayores y mejores estándares de protección por parte de los EEMM, y de otro, supone el compromiso de no minoración de los avances ya alcanzados en el reconocimiento mutuo de derechos e instrumentos específicos de cooperación judicial en materia penal³⁴².

Resulta acertado que la cláusula de no regresión se recuerde en estos instrumentos normativos que regulan determinados derechos procesales fundamentales, pues en materia de derechos y libertades fundamentales estos recordatorios nunca están de más para evitar las tentaciones de los Estados a sus recortes, en unos momentos en los que con justificación o amparo en la lucha contra el terrorismo y el terror derivado del mismo empujan a ello. La cláusula de no regresión se encuentra también recogida en el artículo 60 del CEDH³⁴³ y en el artículo 53 de la CDFUE³⁴⁴.

³⁴² LÓPEZ AGUILAR, J.F., “El legislador europeo en materia de seguridad y justicia tras el tratado de Lisboa: avances hacia la cooperación judicial penal en la UE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 190.

³⁴³ Dice este artículo que “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

Finalmente, los instrumentos normativos que los EEMM adopten para la transposición a los ordenamientos internos, no pueden, tampoco, al amparo de la Directivas, suponer una afectación negativa a otros derechos y garantías procesales existentes. En particular, el artículo 1.4 la Directiva sobre los derechos de traducción e interpretación señala que su regulación “...no afecta al derecho nacional relativo a la presencia de un abogado en cualquier fase del proceso penal, ni tampoco al derecho nacional relativo al derecho de acceso de un sospechoso o acusado a los documentos en el marco de un proceso penal”.

4.4. Entrada en vigor y plazos para la incorporación a los Derechos internos. Verificación por la Comisión

Las Directivas, que entraron en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la UE, recogen, por último, la fecha máxima de transposición a los ordenamientos internos por los Estados, junto a la obligación de informar de ello, de forma inmediata, a la Comisión. Así se recoge en los artículos 9, 11 y 15 de las Directiva sobre los derechos a la traducción e interpretación, los derechos de información y los derechos a la asistencia letrada y a la comunicación, respectivamente.

Junto a esta obligación de información inmediata de los EEMM a la Comisión de las medida legales, reglamentarias y administrativas adoptadas para dar cumplimiento a lo establecido en las Directivas, se establece en los artículos 10, 12 y 16 de la Directivas citadas, la obligación para la Comisión de remitir informe al Parlamento y al Consejo en el que se evalúe la idoneidad de las medidas adoptadas por los Estados para dar cumplimiento a las mismas, acompañando si fuera preciso las propuestas legislativas oportunas. En particular, se prevé información específica sobre las excepciones temporales a la aplicación efectiva del derecho a la asistencia de letrado, en una manifestación en concreto de la función de guardiana de los Tratados y de

³⁴⁴ Que señala lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

supervisión de la aplicación del Derecho de la Unión que ejerce la Comisión, recogida con carácter general en el artículo 17 TUE.

CAPÍTULO V

LAS NUEVAS PROPUESTAS DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS RECONOCIDOS EN OTRAS NORMAS, AL MARGEN DEL PLAN DE TRABAJO DE 2009

1. INTRODUCCIÓN. ENTORNO EN EL QUE SURGEN LAS NUEVAS PROPUESTAS

Publicadas las tres primeras Directivas sobre derechos y garantías procesales – traducción e interpretación, derechos a la información y derechos a la asistencia letrada y a comunicar e informar de la detención a terceros-, aún sin haber finalizado el plazo para la transposición de la tercera Directiva y cuando algunos países todavía no habían transpuesto la primera Directiva, no obstante la expiración del plazo para ello, la Comisión, avanzando en la hoja de ruta marcada por el Plan de Estocolmo de 2009, presentó a finales de 2013 un nuevo paquete de medidas legislativas y no legislativas para aumentar los derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados.

Efectivamente, el 27 de noviembre de 2013, la Comisión presentó, a la vez, tres propuestas de Directivas que se complementaban con dos Recomendaciones. En concreto, el paquete de medidas contenía:

- La propuesta de Directiva para reforzar la presunción de inocencia y el derecho del acusado a estar presente en su propio juicio.
- La propuesta de Directiva sobre salvaguardas especiales para los niños sospechosos o acusados de un delito.
- La propuesta de Directiva sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita provisional para los ciudadanos sospechosos o acusados de un delito y para las personas contra las que se ha dictado una orden de detención europea.

- La Recomendación sobre las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en un proceso penal.
- La Recomendación sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Si finalmente se aprobasen las nuevas propuestas de Directiva se habría ejecutado el Plan de trabajo de 2009, habiéndose desarrollado la totalidad de las medidas allí contenidas, salvo la Medida F. Y en relación con el Libro Verde sobre la Detención Provisional, si bien ha sido elaborado por la Comisión, no se ha propuesto hasta la fecha acto normativo alguno sobre esta medida cautelar tan importante en el proceso penal, por la incidencia que tiene en el derecho fundamental a la libertad. Por otro lado, la Comisión ha ido más allá del Plan de trabajo regulándose –aunque de momento todavía es una propuesta de Directiva- la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio. Estas medidas no figuraban inicialmente en dicho Plan, si bien si se preveía expresamente la posibilidad de regular otras materias distintas a las allí recogidas.

Llama la atención la fórmula utilizada por la Comisión en esta segunda batería de derechos y garantías procesales, presentando, a la vez, las tres propuestas de Directivas, cuando las tres primeras ya aprobadas fueron presentadas escalonadamente, de una en una.

Con este paquete de medidas la Comisión finalizaba sus trabajos y su mandato (finalizaba la legislatura 2009-2014), y parece que quería dejar encauzado el último tramo del desarrollo del Plan de trabajo, presentando, a la vez, todo el paquete de medidas apuntado, sabedora, quizás, de que la nueva Comisión que les sucediese podría no tener las mismas inquietudes. La anterior Comisión, con su Vicepresidenta a la cabeza había apostado muy fuerte por el desarrollo de los derechos y garantías procesales. Efectivamente, tras las elecciones al Parlamento Europeo de 2014, la elección del nuevo Presidente de la Comisión y de los Comisarios, la nueva Comisión parece ahora tener otras prioridades³⁴⁵. Bien es cierto, que el programa de medidas

³⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2015. Un nuevo comienzo, COM(2014) 910 final, Estrasburgo 16 de diciembre de 2014. En único campo relacionado con los derechos y garantías procesales que figura como nueva iniciativa a llevar a cabo por la Comisión lo constituyen las propuestas encaminadas a la firma, celebración y aplicación del acuerdo de adhesión al

diseñado en 2009, al menos formalmente, está prácticamente ejecutado y la Comisión saliente cumplió con su papel en el procedimiento legislativo, proponiendo e impulsado tanto las tres Directivas ya aprobadas, como los tres proyectos ahora en tramitación. Sin embargo, este trabajo no es suficiente pues se trata de asegurar que esos derechos efectivamente se transponen y lo hacen en la forma señalada por las Directivas, así como de seguir avanzando en los campos aún no abordados o abordados mínimamente. Efectivamente, en algunos aspectos parece que la aprobación resulta un tanto precipitada en la medida en que para salir adelante han sido aligeradas excesivamente, por ejemplo, en el tema de justicia gratuita o el alcance del derecho a la asistencia letrada o las garantías adicionales en el caso de personas vulnerables. En este último caso no ha sido posible elaborar, siquiera, un texto normativo autónomo, limitándose el trabajo de la Comisión –ante la falta de consenso evidentemente- a una Recomendación. Lejos de todo esto, la prioridad de la nueva Comisión parece limitarse a la codificación de los distintos derechos procesales ya regulados –muchos de ellos aún sólo son Proyectos- en un único instrumento³⁴⁶.

Las tres propuestas de Directiva siguen, como decimos, su tramitación, siendo objeto de debate en el Parlamento y de negociación entre éste y el Consejo. El CES emitió informe conjunto a las nuevas propuestas normativas tras la petición de consulta por parte del Parlamento y del Consejo³⁴⁷.

CEDH, conforme a las directrices pendientes del Tribunal de Justicia. A más largo plazo, tampoco los derechos y garantías procesales es una prioridad de la nueva Comisión, que centrará sus trabajos en políticas que incidan positivamente en el impulso al empleo, el crecimiento económico y la inversión, con reorganización de la política energética refortalecimiento del mercado interior Y en materia de justicia y derechos fundamentales, además de avanzar en las negociaciones para la adhesión al CEDH, sigue la preocupación los la lucha contra la discriminación, la protección de datos y la lucha contra la delincuencia transfronteriza y el terrorismo con nuevas medidas represivas y seguir avanzando en la cooperación judicial reforzando herramientas ya existentes como Eurojust o impulsando otras, como la Fiscalía europea, así se recoge en “Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea. *Jean-Claude Juncker* (Presidente de la Comisión Europea, entonces candidato), Estrasburgo, 15 de julio de 2014.

³⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, bajo la rúbrica “La agenda de justicia de la UE para 2020 – Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento de la Unión”, COM(2014) 144 final, Estrasburgo, 11 de marzo de 2014.

³⁴⁷ DO de 16 de julio de 2014 (C 226/63). Junto al dictamen sobre las tres nuevas propuestas de Directivas se incluye el dictamen a la Comunicación de la Comisión “Avanzar en el programa de garantías procesales de los sospechosos o acusados de la Unión Europea – Fortalecer las bases del espacio europeo de justicia penal” COM(2014) 144 final.

2. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA POR LA QUE SE REFUERZAN CIERTOS ASPECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL PROPIO JUICIO EN LOS PROCESOS PENALES

2.1. Objeto y finalidad de la propuesta

Junto al resto de medidas, el 27 de noviembre de 2013 fue presentada por la Comisión la propuesta de Directiva “por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales”³⁴⁸. Esta propuesta tiene por objeto reforzar determinados aspectos del derecho a la presunción de inocencia –no todos- en los procesos penales en la UE, así como el derecho a estar presente en el propio juicio. Las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia objeto de regulación mínima son: 1) el derecho a no ser presentado públicamente como culpable antes de la condena por resolución firme; 2) la atribución de la carga de la prueba a la acusación; 3) el beneficio en caso de duda razonable al acusado; 4) el derecho a no autoinculparse y a no cooperar y 5) el derecho a guardar silencio.

La finalidad inmediata de la norma –como ocurre con el resto de Directivas- es aumentar los derechos y garantías procesales de los ciudadanos y con ello garantizar el derecho a un proceso penal justo. A la vez, y desde una perspectiva más global, la finalidad última es aumentar la confianza entre los Estados, premisa necesaria para que pueda ser plenamente operativo el principio de confianza mutua, piedra angular en materia de cooperación judicial penal. En efecto –como recoge el Libro Verde-, este reconocimiento “solo funcionará eficazmente si se basa en la confianza en otros sistemas judiciales, si cada persona relacionada con una resolución o sentencia judicial extranjera confía en que ésta ha sido dictada con equidad”³⁴⁹.

³⁴⁸ COM(2013) 821 final. 2013/0407/(COD).

³⁴⁹ Libro Verde “La presunción de Inocencia”, presentado por la Comisión, Bruselas, 26 de abril de 2006, COM(2006) 174 final, apartado 1.1.

2.2. Justificación de la regulación

A juicio de la Comisión, existe una insuficiente protección del principio de presunción de inocencia en la UE que se traduce en una merma en los derechos y garantías procesales de los sospechosos en este ámbito, sin que el CEDH sea suficiente, como se evidencia con el elevado número de condenas a los Estados por parte del TEDH por violación –constante y reiterada, según la Comisión- de este derecho, en sus distintas manifestaciones³⁵⁰. Igualmente, existe una insuficiente protección del derecho a estar presente en el propio juicio pues no todos los EEMM disponen de mecanismos para impugnar por el condenado una resolución que imponga una pena privativa de libertad, dictada en su ausencia. El TEDH –añade la Comisión- no puede por sí solo garantizar el derecho a la presunción de inocencia. Es un procedimiento de reparación que solo se activa *a posteriori*, previo agotamiento de los recursos internos. Además, el elevado número de asuntos que penden ante este Tribunal demora en exceso su resolución.

2.3. Ámbito de aplicación

La regulación que contiene la propuesta se aplica a las personas sujetas a un proceso penal –incluida la fase previa de investigación- en la UE, si bien únicamente a personas físicas. La extensión y nivel de protección del derecho a la presunción de inocencia es diferente cuanto se trata de personas físicas y de personas jurídicas. La regulación de este derecho en relación con las personas jurídicas queda a la regulación que haga cada uno de los EEMM. El derecho se extiende desde las primeras fases de la investigación y se mantiene hasta la conclusión final del proceso, esto es, hasta que recaiga sentencia firme.

Pese a que el derecho a la presunción de inocencia resulta de aplicación, además de a los procesos penales, a los procedimientos sancionadores de naturaleza administrativa o fiscal, la Directiva resulta de aplicación únicamente a los primeros, a

³⁵⁰ Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva para reforzar determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales. Resumen. SWD(2013) 479 final. Se señala en este documento que entre el 1 de enero de 2007 y 31 de diciembre de 2012, diez EEMM habían vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en un total de 26 casos.

aquéllos de los que conocen los órganos jurisdicciones de un Estado con competencias penales. Precisamente esta extensión a procedimientos administrativos —que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva—, ha motivado la existencia de un cuerpo jurisprudencial sobre el derecho a la presunción de inocencia por parte del TJUE, sin competencias hasta finales del año 2014 para conocer de materias propias del antiguo tercer pilar, que conviene no perder de vista y que debe ser puesta en relación, para evitar contradicciones con la jurisprudencia emanada del TEDH ante un eventual pronunciamiento sobre este derecho, ahora sí, sobre la base del proceso penal.

2.4. La presunción de inocencia

2.4.1. Marco normativo. Antecedentes

Además de en otros instrumentos internacionales³⁵¹, en el marco de la Unión Europea el derecho a la presunción de inocencia viene proclamado con carácter de derecho fundamental en el CEDH y en la CDFUE, en los siguientes términos:

“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” (art. 6.2 CEDH)”, y

“Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente” (art. 48.1 CDFUE).

Además, el derecho a la presunción de inocencia es una norma de derecho internacional consuetudinario, que se aplica en todo momento y en todas las circunstancias³⁵².

La regulación por parte de la UE del derecho a la presunción de inocencia era una de las Medidas del Plan de trabajo de 2009 que fue asumido por el Programa de Estocolmo. Pero ya antes, dentro de los trabajos llevados a cabo al amparo de la Conclusión 33 resultante del Consejo de Tampere de 1999, y dentro de las medidas que contribuirían a aumentar la confianza mutua entre los EEMM, necesario para la plena efectividad del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como elemento esencial de la cooperación judicial penal, la Comisión presentó el Libro Verde sobre la

³⁵¹ DUDH (art. 11.1) y PIDCP (art. 14.2).

³⁵² Comité de Derechos Humanos, Observaciones generales 24, párr. 8, 29, párrs. 11 a 16 y 32, párr. 6, citados en *Juicios Justos*, Manual de Amnistía Internacional, ob. cit. p. 134.

presunción de inocencia³⁵³, para determinar si en los asuntos transfronterizos se planteaban problemas en relación con la presunción de inocencia y si una legislación a nivel de toda la UE contribuiría a aumentar la confianza mutua³⁵⁴.

2.4.2. Contenido y manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia constituye un elemento de la noción del justo proceso en materia penal³⁵⁵, y significa que nadie puede ser considerado culpable antes de que se pronuncie contra él una sentencia condenatoria. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, el derecho a la presunción de inocencia presenta las siguientes manifestaciones o vertientes:

- a) El derecho a no ser públicamente presentado como condenado por las autoridades públicas antes de la sentencia firme;
- b) La atribución de la carga de la prueba a la acusación y del beneficio de cualquier duda razonable al acusado y
- c) El derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan. Esta manifestación del derecho ya ha sido objeto de regulación a nivel de toda la UE mediante la Directiva 2012/13, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, en particular en su artículo 6.

Por su parte, el Libro Verde de la Comisión sobre la Presunción de Inocencia, partiendo de la jurisprudencia del TEDH delimita el contenido de este derecho –con sus distintas manifestaciones-, en el siguiente sentido:

“El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable. La presunción de inocencia requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa. No debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal. El acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva, salvo por motivos excepcionales. Si es detenido en régimen de prisión preventiva, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia. La carga de la prueba de

³⁵³ COM(2006) 174 final, Bruselas, 26 de abril de 2006.

³⁵⁴ Para la elaboración de este Libro Verde la Comisión, además de las consultas recabadas a distintos expertos y organismos se basó en cuanto a la legislación vigente en el estudio previamente encargado “*The laws of Evidence in Criminal Proceedings throughout the European Union*”.

³⁵⁵ SSTEDH de 10 de febrero de 1995 (asunto *Allent de Ribemont* c. Francia), párr. 35, de 10 de junio de 1996 (asunto *Pullar* c. Reino Unido) párr. 45 y de 18 de marzo de 1997 (asunto *Foucher* c. Francia), párr. 30).

culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado. Éste podrá negarse a contestar preguntas. Generalmente, no se le exigirá que presente pruebas autoinculpatorias. Sus bienes sólo podrán ser embargados mediante un proceso ajustado a Derecho”.

2.5. Regulación del derecho a la presunción de inocencia en la propuesta de Directiva

A modo de principio general, el artículo 3 proclama que “Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos o acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”, en la línea marcada por los artículos 6.2 CEDH y 48.1 CDFUE. En los artículos siguientes (4 al 7) se regulan las concretas manifestaciones o derechos afines del derecho a la presunción de inocencia, que pasamos a analizar.

2.5.1. El derecho a no ser presentado públicamente como condenado antes de la sentencia firme

Señala el artículo 4 que “Los Estados miembros velarán por que, antes de la condena firme, las autoridades públicas no presenten a los sospechosos o acusados como condenados”. El derecho a la presunción de inocencia se proyecta no solo *ad intra* en el proceso penal (incluida la fase previa de investigación), sino que tiene también una proyección *ad extra*, consistente en el derecho del acusado a no ser presentado como culpable antes de que haya recaído sentencia firme en tal sentido.

Efectivamente, la doctrina del TEDH señala al respecto que “si bien el principio de la presunción de inocencia consagrado en el párrafo 2 del artículo 6 figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición (...), no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal...”³⁵⁶. Ello no significa que en el marco de los derechos a la

³⁵⁶ STEDH de 28 de junio de 2011 (asunto Lizaso Azconobieta c. España), párr. 37 y jurisprudencia aquí indicada: SS. de 10 de febrero de 1995 (asunto *Allenet de Ribemont* c. Francia), párrs. 35-36; de 30 de junio de 2009 (asunto *Viorel Burzo* c. Rumania), párr. 156; de 13 de septiembre de 2007 (asunto *Moulet* c. Francia). En el caso contra España, el demandante había sido detenido en el marco de una operación antiterrorista y ese mismo día, el Gobernador Civil de Guipúzcoa presentó lo presentó, en rueda de prensa, como miembro de un comando terrorista de la banda armada ETA, responsable de tres atentados.

libertad de expresión y de comunicación, las autoridades no puedan informar a la opinión pública sobre las investigaciones penales en curso, pero han de hacerlo “con la discreción y reserva que impone el principio de la presunción de inocencia”³⁵⁷. La violación de este derecho puede proceder del juez o tribunal que esté conociendo del caso, pero también de otros funcionarios o autoridades del Estado, de naturaleza no judicial³⁵⁸.

Una segunda manifestación *ad extra* del proceso del derecho a la presunción de inocencia supone que, una vez declarada la inocencia del sospechoso, sobre éste no puede ya permanecer ninguna sospecha de duda. En este sentido, el TEDH proclama que efectivamente una vez dictada sentencia absolutoria, y ésta sea firme, no se pueden expresar sospechas sobre la inocencia del acusado³⁵⁹.

2.5.2. Carga de la prueba y fuerza probatoria

El artículo 5 de la propuesta de Directiva se ocupa de la carga de la prueba y la fuerza probatoria. La presunción de inocencia se desvirtúa mediante la presentación de pruebas suficientes, es decir, es el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. Así, el artículo 5.1 señala que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad del sospechoso o acusado recae en la acusación, lo que debe ser entendido sin perjuicio de los poderes de investigación de oficio del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Las declaraciones fueron ampliamente difundidas por los medios de comunicación y unos días después el Juzgado ante el que fue puesto a disposición, decretó su libertad sin cargos.

³⁵⁷ *Ibidem.*, párr. 39.

³⁵⁸ *Ibidem.*, párr. 38 y la jurisprudencia allí citada: SS. de 10 de febrero de 1995 (asunto *Alenet de Ribemont* c. Francia), párr. 36; también asunto *Daktaras* c. Lituania, núm. 42095/98, párrs. 41-42, CEDH 2000-X; sobre y personalidades públicas asunto *Butkevičius* c. Lituania, núm. 48297/99, párr. 53, CEDH 2002-II. En el caso enjuiciado frente a España, se trataba del Delegado del Gobernador Civil.

³⁵⁹ STEDH de 21 de marzo de 2000 (asunto *Rushiti* c. Austria), párr. 31: *The Court, thus, considers that once an acquittal has become final -be it an acquittal giving the accused the benefit of the doubt in accordance with Article 6.2- the voicing of any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal, is incompatible with the presumption of innocence.* También la STEDH de 25 de agosto de 1993 (asunto *Sekanina* c. Austria), en este caso la acusada resultó absuelta, pero le fue denegada posteriormente su pretensión indemnizatoria porque las autoridades alegaron que seguían existiendo importantes elementos de sospecha. El TEDH declaró la violación del CEDH y condenó a Austria, pues tras una sentencia absolutoria firme el Estado no puede mantener ese tipo de dudas.

Siguiendo la jurisprudencia del TEDH que admite, en ocasiones, que la carga de la prueba se traslade a los sospechosos o acusados³⁶⁰, el artículo 5.2 establece que los EEMM deben velar porque toda presunción que se les traslade, sea de importancia tal que justifique esta excepción y debe poder ser refutada. Para refutar la presunción que traslade la carga de la prueba bastará con que la defensa presente pruebas suficientes que susciten una duda razonable sobre la culpabilidad, sin que se exija una prueba plena de la inocencia. La admisibilidad en el texto normativo de la posible inversión de la carga de la prueba ha sido objeto de críticas por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento europeo. A su juicio, estas excepciones en la carga de la prueba tienen su fundamento en una doctrina muy concreta del TEDH. Sin embargo, que estas excepciones se recojan en el texto de la Directiva supone su consagración ante una eventual modificación de la jurisprudencia del TEDH pudiendo darse el caso de que el derecho de la UE –plasmado en la Directiva- ofreciese un nivel de protección inferior al CEDH, de cambiar tal jurisprudencia³⁶¹.

Finalmente, el artículo 5.3 prevé que en caso de duda razonable sobre la culpabilidad del sospechoso o acusado, ésta se resuelva a su favor y sea absuelto (manifestación del principio general del Derecho penal *in dubio pro reo*).

2.5.3. Los derechos a no autoinculparse, a no cooperar con la investigación y a guardar silencio

Manifestación también del derecho a la presunción de inocencia es el derecho a no inculparse, esto es, el derecho al silencio y a no estar obligado a presentar pruebas que puedan contribuir a la propia inculpación, pudiendo negarse a contestar preguntas y a presentar pruebas³⁶². Si bien no se menciona expresamente en el CEDH, se trata de un

³⁶⁰ Así, junto a la inversión de la carga de la prueba en determinados supuestos excepcionales, también se producen excepciones a la carga de la prueba por parte de la acusación cuando se trata de infracciones relativas a la responsabilidad objetiva (bastará con probar que el hecho se produjo, sin que haya que probar la intencionalidad) y en relación a una orden de incautación en cuyo caso, y tras la recuperación de bienes del acusado o un tercero corresponderá a éste acreditar que no son productos del delito. Al respecto puede verse el resumen jurisprudencial del TEDH en el Libro Verde la Presunción de inocencia de 2006, apto. 2.3.

³⁶¹ Documento de Trabajo de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del PE, sobre el refuerzo de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales de 17 de marzo de 2014 (Refª PE530.088V01-00), apto. II b).

³⁶² Libro Verde de la Presunción de Inocencia de 2006, apto. 2.4.

derecho generalmente reconocido como integrante en la noción del justo proceso³⁶³, inherente al mismo³⁶⁴. Su fundamento se halla en la protección del acusado frente a una coerción abusiva por parte del Estado. El acusado no puede ser obligado a aportar información relacionada con los cargos que se le imputan y que faciliten su condena. En este sentido, este derecho reconocido en el artículo 6 CEDH debe ser puesto en relación con el artículo 3 del mismo texto que prohíbe la tortura.

El derecho a no autoinculparse está íntimamente vinculado con el derecho a guardar silencio, del que constituye una manifestación. Cualquier coerción sobre el acusado para obtener pruebas supone una vulneración del derecho a guardar silencio.

2.5.4. Regulación del derecho a no autoinculparse y a no contestar

No obstante, el artículo 6.2 del proyecto de Directiva precisa el alcance de este derecho, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, señalando que el derecho a no inculparse y no cooperar en la investigación del sospechoso o acusado no comprende el material probatorio “...que pueda recabarse de los sospechosos o acusados mediante el uso legítimo de los poderes coercitivos, pero que tenga entidad independientemente de la voluntad de los sospechosos o acusados”, entre otros, los obtenidos por orden judicial, las muestras de aliento, sangre y orina, así como los tejidos corporales para realizar pruebas de ADN (así lo recuerda el Libro Verde de la Presunción de Inocencia, que distingue entre la prohibición de obtener datos del acusado por medios coercitivos – respeto a la voluntad del acusado de permanecer en silencio-, de la posibilidad de obtener aquéllos que existen independientemente de la voluntad del acusado).

Efectivamente, el derecho a la no autoincriminación no comprende al material que puede obtenerse del acusado por medios coercitivos, pero que tienen existencia independiente de la voluntad del sospechoso, como las pruebas obtenidas, mediando orden judicial, de la respiración, la sangre, muestras de orina o tejidos corporales para

³⁶³ STEDH de 21 de diciembre de 2000 (asunto *McGuinness* c. Irlanda).

³⁶⁴ El PDCP recoge expresamente el derecho de toda persona acusada “...g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (art. 14.3).

realizar pruebas de ADN³⁶⁵. Sin embargo, sí existe vulneración del derecho cuando las pruebas –evidencias del delito cometido- se han obtenido por el empleo de medicamentos para provocar el vómito³⁶⁶.

De este artículo se desprende claramente la prohibición para las autoridades estatales encargadas de la investigación el empleo de cualquier tipo de coacción. Sin embargo, del examen del considerando 17 de la propuesta de Directiva³⁶⁷, parece desprenderse la admisión de un cierto grado de coerción sobre el sospechoso o acusado para que facilite información que pudiera incriminarle. Este punto ha sido objeto de críticas por parte de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento.

2.5.5. El derecho a guardar silencio. Carácter absoluto o relativo del mismo

Los sospechosos o acusados tienen derecho a guardar silencio en los interrogatorios de los que sean objeto por parte de las autoridades policiales, o de otras autoridades encargadas de la investigación o de las autoridades judiciales (artículo 7.1). Para su efectividad, deben ser informados inmediatamente tras la detención o antes de llevar a cabo el interrogatorio, de su derecho a guardar silencio, con explicación de su contenido y de las consecuencias de su renuncia (art. 7.2). Para ello, en el caso de sospechosos que desconozcan el idioma del procedimiento, deberán ser asistidos

³⁶⁵ STEDH de 17 de diciembre de 1996 (asunto *Saunders* c. Reino Unido), párr. 69.

³⁶⁶ STEDH de 11 de julio de 2006 (asunto *Jalloh* c. Alemania), párrs. 113-115. En este caso, se consiguió provocar el vómito del sospechoso mediante el suministro de medicamentos eméticos, a través de la introducción forzosa de un tubo por la nariz y la administración de una sustancia, consiguiendo las evidencias del delito de tráfico de drogas. Lo que se consideró por el TEDH un procedimiento que suponía riesgo para la salud del sospechoso, a diferencia de los supuestos de toma de sangre, pelo... en los que la interferencia en la integridad física que debe soportar el sospechoso es mínima o incluso sin que llegue a producirse intervención alguna por obtenerse las evidencias (orina, aliento, voz...), al obtenerse por el normal funcionamiento del cuerpo humano. Tampoco en este caso, el empleo de estos medicamentos estaba justificado por la especial transcendencia del interés público investigado (venta de drogas a pequeña escala).

³⁶⁷ En el texto propuesto por la Comisión se señala que “Debe limitarse la coerción ejercida para compeler al sospechoso o acusado a facilitar información. Para determinar si la coerción no vulnera esos derechos, deben tenerse en cuenta los factores siguientes (...) la naturaleza y grado de la coerción con que se han obtenido las pruebas, el peso del interés público en la investigación y el castigo del delito en cuestión, la existencia de las garantías pertinentes en el proceso y el uso dado al material obtenido de tal forma...”. Lo cierto es que en este considerando, la Comisión recoge los requisitos establecidos por el TEDH en la sentencia de 11 de julio de 2006 (*Jalloh* c. Alemania) para admitir el material probatorio obtenido del acusado al margen de su voluntad.

también de forma inmediata de intérprete, como medio indispensable para que este derecho pueda ser conocido y comprendido.

Si bien, conforme a la jurisprudencia del TEDH, la condena fundada exclusivamente en la negativa a declarar del acusado es contraria al derecho a un proceso justo, ello no impide que el tribunal valore, en ocasiones, negativamente el silencio, cuando en atención a las circunstancias, las pruebas de cargo de la acusación requieran una explicación que no es facilitada. Esto, unido a deducciones lógicas, efectivamente, puede basar la condena del acusado. Así señala el TEDH que: “Es necesario establecer en cada caso si las pruebas de la acusación son suficientes como para requerir una respuesta. El tribunal nacional no puede deducir la culpabilidad del acusado simplemente por el hecho de que éste haya optado por guardar silencio. Solamente en el caso de que las pruebas de cargo requieran una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, se puede deducir en base al sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable. A la inversa, si el fiscal no puede establecer prueba de cargo lo suficientemente seria como para requerir una respuesta, la ausencia de explicación no debería justificar una conclusión sobre la culpabilidad”³⁶⁸.

No obstante, a la vista de la regulación contenida en la propuesta de Directiva, pudiera entenderse que ésta va más allá de la doctrina del TEDH reduciendo este margen de apreciación negativa del silencio admitida en determinados supuestos, en la medida en que no contempla excepción alguna y establecer con claridad que el ejercicio de estos derechos (guardar silencio y no autoinculparse) no se usará en contra de los sospechosos o acusados en una fase posterior del proceso y por supuesto, sin que constituya una corroboración de los hechos. De este modo el derecho a guardar silencio se configuraría como un derecho absoluto³⁶⁹.

³⁶⁸ STEDH de 8 de febrero de 1996 asunto *John Murray* c. Reino Unido).

³⁶⁹ En este sentido se entiende en el Documento de Trabajo de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del PE, sobre el refuerzo de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales de 17 de marzo de 2014 (Refⁿ PE530.088V01-00), apto. II a).

2.5.6. Disposiciones comunes a los derechos a no inculparse, no cooperar y a guardar silencio

El ejercicio efectivo por parte del sospechoso de sus derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no colaborar con la investigación, no puede suponerle efectos negativos en el proceso. Tampoco su silencio puede ser entendido como una aquiescencia con la acusación o un reconocimiento tácito de los hechos. En este sentido, los artículos 6.3 y 7.3 establecen que los ejercicios de estos derechos “no se usará(n) en contra de los sospechosos o acusados en una fase posterior del proceso y no se considerará una corroboración de los hechos”. Por otra parte, las pruebas obtenidas con vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 “serán inadmisibles, salvo si su uso no menoscaba la equidad global del proceso”.

2.6. El derecho a estar presente en el propio juicio

El derecho a estar presente en el propio juicio forma parte del derecho a un juicio justo conforme al artículo 6 CEDH. Ello supone la prohibición, con carácter general, de la celebración de juicios en ausencia del acusado, si bien se admiten excepciones en las que, bajo determinadas circunstancias, es posible tal celebración y en su caso, la condena el acusado. Este derecho constituye una manifestación del derecho de defensa, pues la ausencia del acusado en el juicio impide a éste ofrecer al tribunal su versión de los hechos, presentar pruebas en su descargo y en último término, podría resultar condenado sin oportunidad de contradecir los fundamentos en que se hubiese basado la sentencia condenatoria.

El TJUE ha declarado que el derecho a comparecer en el propio juicio constituye un elemento esencial del derecho al proceso equitativo previsto en el artículo 47 CDFUE, aunque no es un derecho absoluto³⁷⁰, pues el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. En particular, no se produce vulneración del derecho a un proceso equitativo si el interesado no ha comparecido en el

³⁷⁰ STJUE de 6 de septiembre de 2012 (asunto C-619/10), párrs. 52 y 55.

juicio pero había sido informado de la fecha y del lugar de celebración o cuando haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto³⁷¹.

2.6.1. Excepciones. Los juicios en ausencia del acusado

Las excepciones a la prohibición de celebración de juicios en ausencia del acusado serán establecidas en los ordenamientos internos (algunos de ellos impiden la celebración de juicios en ausencia). La UE no ha entrado a regular estos supuestos, por lo que, dependiendo del Estado, podrán o no celebrarse juicios en ausencia, lo que lejos de aumentar la confianza entre los EEMM aumenta la brecha de la desconfianza. Si un Estado no admite los juicios en ausencia será por entender que con ello se violarían los derechos y garantías procesales, por ello resultará difícil aumentar la confianza en aquellos Estados, o en sus tribunales, que sí pueden llegar a condenar a un acusado en su ausencia. Esto precisamente ha sido lo que durante años ha suscitado problemas en la extradición por parte de España a Italia de ciudadanos italianos, para ejecutar penas que habían sido impuestas en juicios celebrados en ausencia conforme a la legislación procesal italiana. Los tribunales españoles, aplicando el derecho a la tutela judicial efectiva –desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento–, denegaban tal extradición. Este problema se ha visto paliado por la modificación operada en la Decisión marco reguladora de la ODE, y la interpretación que de ella ha llevado a cabo el TJCE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TC español.

Las excepciones por las que los Estados admiten juicios en ausencia del acusado estarán referidas, normalmente, a delitos menores o menos graves, en procedimientos de naturaleza simplificada, cumpliendo los requisitos que establece para la válida celebración del juicio en ausencia el artículo 8 de la propuesta de Directiva.

2.6.2. Condiciones para la validez de los juicios en ausencia del acusado

Corresponde a los Estados determinar si admiten en sus Ordenamientos la celebración de juicios en ausencia del acusado. En los supuestos en que se admita esta posibilidad, el artículo 3.2 de la propuesta de Directiva establece las condiciones en las

³⁷¹ STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11) párr. 49.

que pueden celebrarse para su validez desde el punto de vista de sus derechos y garantías. Tales condiciones –en consonancia con la jurisprudencia del TJUE- son:

- a) Que el acusado sido debidamente citado y apercibido de la posibilidad de celebrarse en juicio en su ausencia y
- b) Que esté debidamente representado y asistido de letrado en el acto de juicio aunque el acusado no esté presente.

En cuanto a la citación, debe practicarse “a su debido tiempo”, esto es, con tiempo suficiente para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, con información precisa sobre la fecha y lugar en que se celebrará el juicio. Esta citación deberá hacerse personalmente al acusado y a su letrado. Aun cuando no se practique esta citación formalmente, este requisito se tendrá por cumplido y será válido cuando el acusado, por cualquier otro medio, haya recibido “información oficial de la fecha y el lugar previstos para el juicio, de forma que pueda determinarse sin lugar a dudas que tenía conocimiento de la celebración prevista del juicio”. Además de la citación, el acusado deberá ser informado expresamente de la posibilidad de celebrar el juicio y dictarse resolución, en su caso de condena, aunque no comparezca.

El segundo requisito para la celebración del juicio en ausencia consiste en que el acusado, debidamente informado del lugar y celebración de juicio “hubiere otorgado mandato a un letrado designado por él mismo o por el Estado”, que será el encargado de representarle y defenderle en juicio y que, efectivamente, esta defensa se haya llevado a cabo. En ordenamientos como el español, que contemplan la figura del *procurador* será éste quien represente al acusado y el letrado quien lo defienda.

La directiva fija los requisitos anteriores como cumulativos, es decir, han de cumplirse los dos, aun cuando la el TJUE parecía establecerlos alternativos uniendo ambos requisitos por la conjunción “o” en lugar de “y”. Ello no impide que el legislador vaya más allá y como mayor garantía para el acusado, exija el cumplimiento de ambos requisitos. Así pues, cumpliéndose ambos podrá celebrarse el juicio en ausencia en aquellos supuestos en que los ordenamientos jurídicos admitan esta posibilidad para determinados delitos.³⁷² La Unión no ha podido o no ha conseguido ir más allá,

³⁷² El artículo 786 LECRIM tras proclamar que la celebración del juicio oral (en el ámbito del procedimiento abreviado) requiere necesariamente la presencia del acusado y de su abogado, prevé no

limitándose por el principio de proporcionalidad (intervenir solo en la medida necesaria para conseguir el objetivo perseguido sin ir más lejos). Aquí también las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos internos ha sido un freno a unas normas comunes sobre la propia posibilidad o no de celebrar los juicios en ausencia y los concretos supuestos en los que, en su caso, sería admisible.

Incluso, no cumpliéndose los requisitos anteriores, podrá ser válido el juicio celebrado en ausencia del acusado si, tras serle notificada la sentencia y ser expresamente informado de su derecho a interponer recurso de apelación o, en su caso, de que se repita el juicio con posibilidad de participar en él y de que se revise nuevamente el fondo del asunto, pudiendo practicar nuevas pruebas y dictarse una nueva resolución que revoque la sentencia dictada en ausencia, el acusado declara expresamente que no impugna la resolución dictada en ausencia o bien, no solicita la repetición del juicio o interpone el recurso dentro del plazo establecido al efecto.

2.7. Derecho a un nuevo juicio cuando indebidamente se ha celebrado el juicio en ausencia del acusado

Por último, el artículo 9 de la propuesta de Directiva establece la necesidad de que los EEMM establezcan mecanismos que permitan la celebración de un nuevo juicio, cuando el juicio inicial se ha celebrado en ausencia del acusado, incumplándose los requisitos establecidos en el artículo 8 para su válida celebración. No basta la sola presencia del abogado defensor pues, como recuerda el TEDH, la defensa la ejerce el propio acusado, mientras que el Letrado se limita a “asistirle” técnicamente en el ejercicio de su derecho³⁷³. Por ello, la presencia del acusado es indispensable salvo las limitadas excepciones previstas en los ordenamientos internos y con observancia de los requisitos establecidos de citación e información previstos en la propuesta de Directiva, y de aquellos otros que, en garantía del acusado, puedan establecer los Estados miembros, incluso la prohibición absoluta de juicios en ausencia.

obstante, la celebración en ausencia del acusado ante la ausencia injustificada de éste, siempre que hubiese sido citado personalmente o en el domicilio o persona para él designado a tal fin, si así el juez o tribunal, a instancia de la parte acusadora y oída la defensa, entiende que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento y la pena solicitada no exceda de dos años de duración, si se trata de prisión o de seis años si es pena de distinta naturaleza.

³⁷³ STEDH de 16 de diciembre de 1999 (asunto *T. y V. c. Reino Unido*).

El nuevo juicio debe permitir no solo la presencia del acusado, también su participación, la posibilidad de proponer nuevas pruebas y una revisión sobre el fondo del asunto, con posibilidad de dictarse, en su caso, nueva sentencia que revoque la dictada en ausencia.

La necesidad de regular a nivel de toda la Unión este derecho estriba, según la Comisión, en que no todos los Estados establecen vías de recurso en caso de violación de este derecho³⁷⁴. Efectivamente, es necesario establecer en toda la UE este sistema de revisión de la resolución de condena dictada en ausencia, imponiendo sistemas análogos en todos los EEMM para hacer efectiva la confianza mutua necesaria entre autoridades judiciales. Precisamente, la ausencia en distintos ordenamientos jurídicos de esta posibilidad de revisión ha llevado a algunos Estados, como España, a denegar la entrega de detenidos en virtud de una ODE y de condenados en ausencia en el Estado requirente por no garantizar ese Estado la posibilidad de revisión o de un nuevo juicio. No obstante, el TJUE ha declarado contrario al Derecho europeo tal posibilidad de revisión y rechazo entre EEMM en ejecución de una ODE³⁷⁵.

3. GARANTÍAS PROCESALES DE LOS MENORES SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN LOS PROCESOS PENALES.

3.1. Objeto de la Directiva

La propuesta de Directiva reguladora de las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales –si finalmente es aprobada- tiene por objeto el establecimiento de normas mínimas y específicas sobre determinados derechos y garantías en relación con menores sospechosos o acusados o sujetos a una ODE (art. 1). Por menor se entiende “toda persona mayor de 18 años” (art. 3). Hasta ahora no han existido normas específicas de naturaleza procesal que aborden la figura del menor como sujeto pasivo del proceso penal, como responsable de acciones ilícitas. Hay que recordar que son también muy reducidas y recientes las normas de la UE que

³⁷⁴ Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva, cit. p. 3.

³⁷⁵ STJUE de 16 de febrero de 2013 (asunto 399/11).

han abordado el fenómeno de la delincuencia juvenil, campo en el que sí viene trabajado el Consejo de Europa desde la década de los sesenta del siglo pasado³⁷⁶.

En materia de delincuencia juvenil no existe en la UE un marco común europeo, falta un modelo unitario de intervención, existiendo grandes diferencias entre los sistemas nacionales existentes –desde modelos de responsabilidad, intervencionismo mínimo o el modelo de justicia-. La elaboración de este marco europeo común pasa por la necesaria coincidencia entre los distintos sistemas estatales en una serie de aspectos, entre ellos, el aseguramiento de los derechos y garantías fundamentales de los menores en el proceso penal, particularmente su derecho a participar en los procedimientos que les afecten basados en principios de inmediatez, individualización y búsqueda de soluciones o medidas alternativas³⁷⁷.

Según la Comisión, el número de menores que en la UE se enfrentan a un proceso penal, como sospechosos o acusados, es de 1.086.000, lo que supone un 12% del total de la población europea sujeta a causas penales, sin que el derecho a un juicio justo de los mismos –así como de los adultos vulnerables- no esté suficiente garantizado, pese a la existencia de principios comunes y normas mínimas que emanan de la CDFUE, del CEDH y de otras normas internacionales. Esta falta de protección adecuada incide negativamente en este ámbito³⁷⁸.

La presente propuesta de Directiva no solo establece “especialidades” sobre el ejercicio de derechos procesales que, con carácter general ya se reconocen en el ámbito de la UE, o lo serán en un futuro. También establece nuevos derechos para los menores que no han sido objeto de regulación con carácter general para todos los sospechosos y acusados en la UE. Igualmente se recogen también bajo la denominación de derechos,

³⁷⁶ Sobre los concretos instrumentos normativos y no normativos dictados tanto en el ámbito de la UE como del Consejo de Europa y sus principales contenidos, *vid.* PÉREZ VAQUERO, C., “La justicia juvenil en el derecho europeo”, *Derecho y Cambio social*, <www.derechoycambio-social.com>, julio 2014.

³⁷⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., y BLANCO CORDERO, I., *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2010, pp. 30-33.

³⁷⁸ Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva de 27 de noviembre de 2013 SWD(2013) 481 final, apto. 1.

lo que son especialidades a observar en los procedimientos penales en los que intervienen estos sujetos pasivos.

Así, concretando el contenido de la Directiva, se recogen especialidades en relación con los siguientes derechos, ya regulados por otros instrumentos:

- Derechos a la información (art. 4).
- Derecho a comunicar a un tercero el hecho de la detención (art. 5).
- Derecho a la asistencia letrada (art. 6), incluso de forma gratuita si es necesario para garantizarlo (art. 18).
- Derecho a estar presente en su propio juicio (art. 16).

Aparte de estas especialidades, la Directiva recoge derechos hasta ahora no regulados en las otras ya aprobadas o pendientes de aprobación, son los siguientes:

- Derecho a una evaluación individual (art. 7) en la que determinar de forma personalizada las necesidades específicas del menor en materias de protección, educación e integración social.
- Derecho a un reconocimiento médico (art. 8).
- Derecho a ser acompañado en las vistas por un adulto adecuado (art. 15).
- Derecho a la libertad. En particular, el carácter excepcional de la medida cautelar de privación de libertad antes de que recaiga resolución firme, el establecimiento de una serie de medidas alternativas a la privación de la libertad (art. 11) y la separación de menores y adultos en caso de privación de libertad (art. 12).

Igualmente, como hemos apuntado, bajo la denominación de derechos se recogen determinadas medidas a observar en los procesos que se dirigen contra menores, así:

- Se prevén medidas sobre el modo de practicar los interrogatorios sobre menores (art. 9) y
- Para preservar su intimidad (art. 14) mediante la celebración de vistas a puerta cerrada, salvo excepciones y evitando la difusión de sus datos personales y su imagen (art. 14).

Finalmente, a modo de principios generales que han de inspirar los procesos penales en los que el sospechoso o acusado sea un menor, se prevé que la tramitación

sea rápida (urgente) y que el tratamiento que reciba el menor, debe ser acorde con sus circunstancias (art. 13).

3.2. Ámbito de aplicación

Subjetivo. La Directiva se aplica a los menores de edad, entendiendo por tales los menores de 18 años. La Directiva no afecta a las normas nacionales relativas a la fijación de edad a efectos de responsabilidad penal, aplicándose en cualquier caso a los menores de 18 años. Si durante la tramitación del proceso penal o del procedimiento de ejecución de una ODE el menor alcanza la mayoría de edad, continuarán siendo de aplicación las normas de la Directiva (art. 2). No se establece, sin embargo, una edad a partir de la cual un menor tendrá responsabilidad penal³⁷⁹. Si se aprueba la Directiva sabemos hasta cuando a un menor en la UE se le aplican las garantías aquí establecidas, pero no desde cuándo. También en este punto hubiera sido deseable ir más allá y pronunciarse al respecto. Bien es cierto que esta materia es propia del Derecho penal sustantivo y no procesal, ciertamente es una cuestión importante para contribuir a alcanzar la necesaria confianza mutua entre ordenamientos que permita la plena efectividad del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, pues existen distintas edades penales del menor, distintas garantías, y distintas consecuencias desde el punto de vista del Derecho penal, en función de que el menor quede sujeto a un proceso penal en uno u otro EEMM³⁸⁰.

Además de a los sospechosos y acusados frente a los que, como tales, se inicie un proceso penal, las normas de la Directiva serán también de aplicación a quienes sin tener dentro del proceso inicialmente tal consideración –por ejemplo testigos-, a lo largo del proceso pasen a serlo consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo. En

³⁷⁹ En este sentido, en España, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece en su artículo 1 su ámbito de aplicación a menores infractores, a partir de los 14 años y hasta los 18. Los menores que no tengan cumplidos los 14 años son penalmente irresponsables.

³⁸⁰ Así, por ejemplo, en Francia es posible exigir responsabilidad penal a un mayor de 13 años. Resulta difícil imaginar que un tribunal español, ante una petición de ejecución de una resolución de una pena impuesta por un tribunal francés a un menor español en aquél país, acceda a ello, cuando en su país, España, sería irresponsable penalmente. En los Países Bajos existe responsabilidad penal a partir de los 12 años. En Portugal, sin embargo, se eleva hasta los 16 años. En Alemania también es a los 14 años. Vemos, en definitiva la disparidad en una materia tan sensible que debiera aproximarse en toda la Unión. Sobre la regulación de la responsabilidad penal de los menores en algunos Estados de la UE puede consultarse “*La responsabilité pénale des mineurs*”, <www.senat.fr>

coherencia con otros derechos, como el derecho de defensa reconocido con carácter general a todo sospechoso y acusado y a aquéllos que, sin serlo inicialmente, adquieran tal condición a lo largo de la investigación.

La UE ha dejado fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva a las personas (adultas) vulnerables, ante la dificultad de conseguir un consenso sobre lo que había de entenderse por tales. Aplicando la política del “paso a paso”, que inspira todo el proceso de integración europea, también el Plan de trabajo de 2009, se ha excluido esa materia de la regulación y se ha podido –en principio- salvar y sacar adelante la Directiva, todavía en tramitación- si bien con un ámbito de aplicación subjetivo reducido solo a los menores de edad. En este sentido, la Medida E del Plan de trabajo contemplaba a menores y a otras personas vulnerables.

Respecto de los “mayores” vulnerables, la Comisión, ante la imposibilidad de alcanzar el consenso necesario para su inclusión en ámbito de aplicación de la Directiva, ha elaborado una “Recomendación sobre las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en un proceso penal”³⁸¹, en la que se proponen también una serie de garantías adicionales en los procesos penales –también en la ejecución de una ODE-, en los que éstos se vean inmersos como sospechosos o acusados, si bien tal recomendación no es vinculante para los Estados (art. 288 TFUE).

En la Recomendación tampoco se define qué deba entenderse por persona vulnerable, señalando que éstas deben ser identificadas y reconocidas como tales rápidamente, valiéndose de reconocimientos médicos independientes si fuese necesario³⁸². No obstante, se establece una presunción de vulnerabilidad a favor de determinadas personas, en particular: “...en el caso de las personas con deficiencias graves de orden psicológico, intelectual, físico o sensorial, o trastornos mentales o

³⁸¹ Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales 2013/C 378/02. *DO* de 24 de diciembre de 2013.

³⁸² En particular, señala el artículo 4 de la Recomendación que “Las personas vulnerables deben ser identificadas y reconocidas como tales rápidamente. Los Estados miembros deben velar por que todas las autoridades competentes puedan recurrir a un reconocimiento médico efectuado por un experto independiente, con objeto de identificar a las personas vulnerables y determinar su grado de vulnerabilidad y sus necesidades específicas. Dicho experto podrá emitir un dictamen motivado sobre la conveniencia de las acciones adoptadas o previstas contra la persona vulnerable”.

cognitivos, que les dificulten comprender y participar efectivamente en el proceso” (art. 7). El Libro Verde de la Comisión sobre Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea de 2003, establecía, sin carácter exhaustivo una amplia lista de las personas susceptibles de ser consideradas vulnerables:

- a) Extranjeros, especialmente, pero no exclusivamente, los que no hablan la lengua.
- b) Menores.
- c) Las personas vulnerables a consecuencia de su estado mental o emocional. Por ejemplo, disminuidos psíquicos, quienes sufren una enfermedad psiquiátrica (como esquizofrenia) o quienes poseen un coeficiente de inteligencia inferior al normal, así como las personas con una incapacidad del espectro autístico.
- d) Personas vulnerables a consecuencia de su estado físico (los disminuidos físicos, incluidos los sordomudos, quienes padecen enfermedades como diabetes o epilepsia o llevan marcapasos etc.), y quienes sufren trastornos del habla, así como sospechosos con minusvalías físicas más obvias. Este grupo también incluye a sospechosos con enfermedades muy graves, como VIH/SIDA, que necesitan medicación y/o atención frecuente y a las mujeres embarazadas, especialmente las que corren peligro de perder el hijo.
- e) Personas vulnerables por tener niños o personas a su cargo, por ejemplo, las mujeres embarazadas y las madres de niños pequeños, especialmente las madres solas, y cuando el padre tiene en solitario la custodia de niños pequeños, los padres solos.
- f) Analfabetos.
- g) Beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, otros beneficiarios de protección internacional y solicitantes de asilo.
- h) Personas dependientes del alcohol o de las drogas (alcohólicos y drogodependientes especialmente si se encuentran bajo la influencia de las drogas/alcohol durante el interrogatorio).

Por su parte, la fallida propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE de 2004 optaba por concepto ámbito de persona vulnerable, sin inclusión en categoría alguna, como hacía el Libro Verde. Así, señalaba que los Estados debían prestar especial atención a “...la persona sospechosa que no pueda entender el contenido o significado del proceso debido a su edad o estado mental, físico o emocional...” (art. 10.1).

En cualquier caso, habrá que valorar a la luz de cada uno de los Ordenamientos, si una persona en tales circunstancias puede ser sujeto pasivo de un proceso penal, esto es, si tiene la capacidad de comprender suficiente de los hechos y del proceso en el que está inmerso y en consecuencia, si resulta inimputable.

Lo que tienen en común las personas vulnerables es la necesidad de “atención específica”, entendiendo por tal –como señala la profesora DE HOYOS SANCHO-, la que se revele en cada caso como necesaria y adecuada y que unas veces estará prevista de antemano en las leyes nacionales y en otras habrán de improvisarse por las autoridades a la vista de las circunstancias específicas, siempre con la finalidad de que esas personas puedan, en su caso, ser enjuiciadas con respeto al principio de igualdad de armas, participando en el proceso desde el principio con pleno ejercicio de sus derechos³⁸³.

Objetivo. Las normas se aplican a los procesos penales y a los procedimientos de ejecución de una ODE. Quedan excluidos del ámbito de aplicación aquellos procedimientos de naturaleza distinta a la penal –esto es, la autoridad que sanciona no es un juez o tribunal penal-, en los que puedan imponerse sanciones respecto a infracciones leves contra el orden público o en materia de tráfico. No obstante, si la resolución definitiva dictada en estos procedimientos fuese susceptible de recurso ante un órgano jurisdiccional penal, entonces las normas de la Directiva se aplicarían ante el tribunal penal en esta fase de recurso, pero no antes³⁸⁴.

Temporal. Desde la perspectiva del proceso, las normas de la Directiva resultan de aplicación desde la fase previa de investigación y durante todo el desarrollo del mismo, hasta que recaiga resolución firme con la que finalice el proceso, declarando la culpabilidad o inocencia del menor. En los casos de una ODE, se aplicará desde el momento de la detención del menor en el Estado de ejecución (art. 2.2).

³⁸³ DE HOYOS SANCHO, M. “Acerca de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la Unión Europea: especial consideración de los grupos vulnerables”, *RADP*, núm. 18/2007, ed. digital, p. 9.

³⁸⁴ Considerando 17 de la propuesta de Directiva y apartado 29 de la Exposición de Motivos.

Por otra parte, en relación con la entrada en vigor y la aplicación de las normas de la Directiva, los Estados deberán transponerla a los ordenamientos internos antes de la fecha que finalmente se fije que, según el proyecto, será a los veinticuatro meses de su publicación oficial. En cuanto a la Recomendación, dada su naturaleza no vinculante, no establece plazo alguno para transposición a los ordenamientos internos, si bien si prevé que los Estados deban informar a la Comisión sobre las medidas que adopten para aplicar la misma³⁸⁵.

Territorial. Los destinatarios de la Directiva son todos los EEMM, si bien Reino Unido e Irlanda de un lado y Dinamarca de otro, en uso de las facultades reconocidas en los Protocolos 21 y 22 anejos a los Tratados, respectivamente, pueden no participar en la adopción de la Directiva y no estar vinculados ni sujetos a su aplicación. Así ha ocurrido efectivamente con Dinamarca y habrá que estar a lo que decidan Reino Unido e Irlanda a lo largo del proceso de negociación.

3.3. Análisis en concreto de los derechos y especialidades de éstos regulados por la Directiva

3.3.1. El derecho a la información de los menores

Al menor le resulta plenamente de aplicación los derechos a la información regulados, con carácter general, para todos los sospechosos y acusados, así como a los sujetos a una ODE, en la Directiva 2012/13/UE, ya aprobada. De los derechos allí recogidos, deberán ser informados con prontitud los menores. Además, y como especialidad, el artículo 4.1 de la propuesta de la Directiva establece lo siguientes derechos de los que el menor debe ser informado por las autoridades encargadas de la investigación:

- Derecho a que el titular de la responsabilidad parental (o si esto fuere perjudicial para el menor, otro adulto adecuado) sea informado también de los derechos de que goza el menor.
- Derecho a la asistencia letrada (durante todo el proceso y de carácter irrenunciable). También a que esta asistencia sea gratuita conforme a la legislación interna de modo tal que este derecho sea efectivo.
- Derecho a una evaluación individual.

³⁸⁵ Así, el apartado 18 de la Recomendación establece un plazo de 36 meses desde la notificación de la Recomendación.

- Derecho a ser reconocido por médico.
- Derecho a la libertad y a un trato específico conforme a lo previsto en la Directiva (conforme a los arts. 10 y 12).
- Derecho a la protección de la vida privada (en los términos del art. 14).
- Derecho del titular de la responsabilidad parental a acceder a las vistas que se celebren en el proceso.
- Derecho a estar presente en su juicio.

Igualmente, y de forma reiterativa pues también se prevé con carácter general en la Directiva reguladora de los derechos de información, cuando el menor esté privado de libertad la información de derechos se efectuará por escrito³⁸⁶.

3.3.2. El derecho del menor a que el titular de la responsabilidad parental sea informado y derecho de éste a ser informado

El artículo 5 de la Directiva recoge el derecho a que el titular de la responsabilidad parental del menor sospechoso o acusado sea informado también de los derechos que éste posee. Cuando ello no fuese posible por ser contrario al interés del menor –que es el que debe primar–, la información de los derechos que el menor detenido posee se facilitará a otro “adulto responsable”. En este sentido, la Directiva 2013/48 reguladora de los derechos a la asistencia letrada y de información y de comunicación con terceros, prevé que cuando un menor sea detenido se deberá informar de la detención, sin demora, “*a la persona en quien recae la responsabilidad parental*”, y si ello fuese contrario al interés del menor, se informará a otro adulto que se considere apropiado. El derecho se extiende también a los supuestos en los que, comunicada la detención, el detenido sea trasladado a otro lugar (art. 5 Directiva 2013/48).

3.3.3. El derecho a la asistencia letrada. Obligatoriedad. Gratuidad

Los menores gozan del derecho a la asistencia letrada en los términos regulados con carácter general por la Directiva 2013/48, sin bien, como especialidad, en lo que constituye una garantía adicional, es un derecho irrenunciable³⁸⁷, en todo caso.

³⁸⁶ En este sentido, artículo 4 para los detenidos en general y artículo 5, en particular para los detenidos en virtud de una ODE, de la Directiva 2012/13/UE.

³⁸⁷ Recordemos que, con carácter general, la Directiva 2013/48 no determina la renunciabilidad o no del derecho a la asistencia letrada y en qué supuestos, remitiendo para ello a las legislaciones internas, pero sí regula, para el caso de que se admita la renuncia, las condiciones en que tiene que llevarse a cabo, para

En algunos EEMM los procesos penales de menores pueden ser instruidos por los Fiscales, teniendo competencias, incluso para imponer sanciones³⁸⁸. En estos casos, también resulta de aplicación el derecho a la asistencia jurídica obligatoria., incluso cuando esos procedimientos puedan finalizar por una resolución de archivo definitivo dictada por el Fiscal tras haber cumplido el menor determinadas condiciones (alternativas generalmente a la imposición de medidas o penas más gravosas, por un tribunal o por el propio Fiscal), conforme al artículo 6.2 de la Directiva.

El derecho a la asistencia jurídica será gratuito en la medida que sea necesario para que efectivamente el derecho pueda disfrutarse por el menor. Los EEMM deberán adecuar sus legislaciones internas para que ello sea así (art. 18 de la Directiva). Nuevamente la UE ha sido incapaz de fijar unas normas mínimas sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita en estos casos, limitándose a remitir a las legislaciones internas, apelando a los Estados a que faciliten este derecho, pero de forma vaga e imprecisa.

3.3.4. El derecho a una evaluación individual

Todo menor sospechoso o acusado deberá ser sometido durante el proceso penal a una “evaluación individual” (entendemos que también antes de decidir en un procedimiento de ejecución de una ODE). Como excepción, los EEMM pueden establecer la exención de realizar esta evaluación del menor en el proceso penal cuando resulte desproporcionado en función de las circunstancias del caso (art. 7.7).

La evaluación tiene por objeto determinar las necesidades específicas del menor sobre protección, educación, formación profesional y reinserción social, para determinar las necesidades que en estas materias pudiera tener éste durante la tramitación del procedimiento, medidas que hubieran de adoptarse e intensidad de éstas. También se aplicará, desde la perspectiva del proceso penal en curso, para determinar su grado de

que sea eficaz: información previa al acusado verbal o escrita de las consecuencias de la renuncia y que tal renuncia es revocable en cualquier momento y que la renuncia por parte del sospechoso o acusado de forma voluntaria e inequívoca.

³⁸⁸ Considerando 18.

responsabilidad penal y la idoneidad de las sanciones o medidas educativas que pudieran imponerse³⁸⁹.

Para la elaboración de la evaluación se tendrá en cuenta las características personales del menor, su madurez y su contexto socioeconómico. La evaluación se realizará “con la estrecha participación del menor”. Su alcance y grado de detalle puede ser variable y dependerá de las circunstancias concretas del caso, de la gravedad de la infracción y de la pena que pudiera imponerse. Si las circunstancias tenidas en cuenta para la realización de la evaluación cambiasen “de modo significativo” ésta deberá actualizarse a la vista de las nuevas circunstancias.

Corresponderá a los Estados determinar en qué momento del proceso penal se ha de realizar la evaluación individual. En todo caso, deberá serlo antes de que se formule la acusación (momento en el que, tras la fase de investigación, la autoridad competente formula acusación formal contra el menor).

3.3.5. El derecho a reconocimiento médico

Este derecho que, con carácter general, no ha sido reconocido a los sospechosos y acusados en las Directivas anteriores ya aprobadas por la UE, tiene su reconocimiento para los menores sospechosos, aplicándose a aquéllos que hayan sido o estén privados de libertad. El derecho se reconoce al menor detenido pero nada impide, entendemos, que el juez o la autoridad competente acuerden el examen médico de los menores sospechosos o acusados no detenidos, si lo considera necesario.

El menor tiene derecho a un reconocimiento médico con objeto de evaluar su estado físico y mental general y determinar su capacidad para hacer frente a un interrogatorio y a otras medidas de investigación o de obtención de pruebas, o cualquier medida adoptada o prevista contra el menor (art. 8.1). El resultado del reconocimiento médico debe consignarse por escrito.

³⁸⁹ Considerando 19 y apartado 30 de la Exposición de Motivos del proyecto de Directiva.

Ciertamente este derecho al examen médico debe conectarse con el derecho a la evaluación individual antes analizado de modo que, en ocasiones, la evaluación y el reconocimiento sean complemento uno del otro. El examen habrá de repetirse si las circunstancias así lo exigen, y habrá que estar al caso concreto para determinar cuando concurran nuevas circunstancias de demanden la realización de un nuevo examen. En ocasiones, será muy relevante, incluso indispensable, para determinar la minoría o mayoría de edad del sospechoso o acusado.

La solicitud del examen médico puede solicitarla el propio menor, el responsable de la responsabilidad parental o, en su caso, la persona adulta a la que se haya comunicado la detención, así como por el letrado del menor. También, desde luego, y aunque no se indique, atendidas las circunstancias en las que se encuentre el menor en el momento de la detención puede ser acordado de oficio por el propio juez o autoridad encargada de la investigación.

3.3.6. Los derechos del menor a estar presente en su propio juicio y del responsable parental a asistir a las vistas

El menor tiene derecho a estar presente en su propio juicio. No obstante, existe la posibilidad de celebración de juicios en ausencia del acusado. En estos casos, cuando el menor no esté presente –conforme a las normas generales que autorizan juicios en ausencia-, los Estados deben prever mecanismos que permitan la revisión o la realización de un nuevo juicio en el que pueda estar presente el menor, con un alcance pleno, esto es, con posibilidad de revisar el fondo del asunto y practicar nuevas pruebas, pudiendo incluso anularse la inicial resolución de condena. En la regulación de este derecho, no existen diferencias sustanciales a la regulación contenida en la propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales. Por tanto, en cierto modo, resulta una previsión reiterativa.

La propuesta de Directiva reconoce en el artículo 15 el derecho del titular de la responsabilidad parental a estar presente en las vistas relacionadas con el menor, salvo que, en atención a las concretas circunstancias del caso, no sea lo más conveniente para

el intereses de menor en estos casos este derecho lo ostentará no el titular de la responsabilidad parental sino la persona adulta que se considere adecuada.

3.4. Normas de procedimiento

3.4.1. Atención, en todo caso, a las circunstancias personales de menor

Durante todo el proceso el menor debe ser tratado de manera adecuada a su edad, sus necesidades especiales, su madurez y su nivel de comprensión, teniendo en cuenta las posibles dificultades de comunicación (art. 13.2). En particular, cuando se haya de decidir sobre la privación de libertad del menor, como medida cautelar antes de una condena firme, establece la propuesta de Directiva que “La edad y la situación individual del menor deben tenerse debidamente en cuenta” (art. 10.1). Igualmente, cuando el menor detenido en régimen de separación de otros adultos detenidos alcance la mayoría de edad podrá continuar con este régimen de separación, en atención a las circunstancias particulares del detenido ya adulto.

3.4.2. Grabación audiovisual de los interrogatorios al menor. Excepciones

Los interrogatorios a los que sea sometido el menor, ante la autoridad judicial u otras autoridades encargadas de la investigación –Policía, Ministerio Fiscal-, serán grabados por medios audiovisuales (art. 9.1). Estas grabaciones no se difundirán públicamente (art. 14.3). Ahora bien, no tendrá la consideración de interrogatorio a efectos de la necesidad de grabación, las preguntas previas que puedan hacerse al menor a efectos de su identificación. No obstante, se prevé que no sea necesaria la grabación cuando ello resulte desproporcionado en atención a la menor complejidad del caso, a la menor gravedad de la infracción alegada y a la posible pena que pueda imponerse.

3.4.3. Tramitación rápida y diligente y privacidad del menor

Los procedimientos penales seguidos frente a menores serán tramitados con carácter de urgencia y con la debida diligencia (art. 13.1). Esta previsión, también de

carácter muy general viene a recoger lo que ya es una exigencia prevista en distintas normas internacionales sobre protección a la infancia³⁹⁰.

Las vistas en los procesos penales seguidos frente a menores se celebrarán, como regla general, a puerta cerrada, impidiendo su publicidad y el acceso al público en general. Como excepción, sólo cuando sea más conveniente al superior intereses del menor otra cosa, en atención a circunstancias extraordinarias, que habrán de ser valoradas caso a caso, podrán estas vistas ser públicas con el alcance que se determine.

Como manifestación también de la protección a la vida privada de los menores sospechosos o acusados, los Estados deben adoptar las medidas oportunas para garantizar su vida privada y la de sus familiares, incluida la protección a su nombre e imagen (art. 11.2). Manifestación de esta protección a la privacidad es la prohibición de difusión pública de las grabaciones con los interrogatorios de los menores. No obstante, la restricción que se haga a la publicidad de estos datos no debe ser tal que choque o afecte al derecho a la tutela judicial efectiva de otras partes en el proceso, fundamentalmente las partes acusadoras cuando éstas –en función del ordenamiento interno de que se trate–, puedan tener naturaleza privada, conjuntamente con la acusación pública que puedan ejercer otros órganos del Estado, singularmente el Ministerio Fiscal.

El TEDH recuerda que una de las garantías mínimas previstas en el artículo 40.4. b) de la Convención de la ONU sobre Derechos del Niño de 1989, a los niños acusados de haber cometido un hecho delictivo, es el respeto pleno a su privacidad en todas las etapas del procedimiento³⁹¹.

3.5. Consideraciones sobre la situación de libertad y privación de la misma en relación con los menores sospechosos o acusados. Alternativas

La Directiva contiene una serie de principios generales sobre el respeto a la libertad de los menores, que se configura como esencial, debiendo evitarse en la medida

³⁹⁰ Artículo 10.2 PDCP y artículo 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989.

³⁹¹ STEDH de 16 de diciembre de 1999 (asunto *T. c. Reino Unido*) párr. 74.

de lo posible la privación de ella buscando otras alternativas. Cuando ello no sea posible y se determine su privación de libertad, se establecen normas a observar durante esta situación.

Así, el artículo 10.1 establece la privación de libertad como medida provisional como última *ratio* y por el menor tiempo posible. De esta forma, señala que “Los Estados miembros velarán por que la privación de libertad de los menores antes de su condena sea el último recurso y ello por el menor tiempo posible”. Para decidir sobre esta medida habrá que atender a las circunstancias personales del menor, incluida su edad. En particular, cuando se trate de un menor sujeto a un procedimiento de ejecución de una ODE, “la autoridad de ejecución adoptará todas las medidas necesarias para limitar la duración de la privación de libertad de los menores...” (art. 17.2).

Además, hay que advertir que, en cualquier caso, toda medida privativa de libertad acordada como medida cautelar antes de una condena firme, “estará sujeta a un proceso de revisión periódica” (art. 10.2).

Los Estados deben procurar, en los supuestos en que procedería la privación de libertad, la aplicación de medidas alternativas de otra naturaleza, entre ellas –indicadas en el art. 11-, las siguientes:

- a) Obligación del menor de residir en un lugar determinado;
- b) Restricción del contacto con personas concretas;
- c) Obligación de informar a las autoridades competentes;
- d) Aplicación de un tratamiento terapéutico o de desintoxicación y
- e) Participación en medidas educativas.

Los menores detenidos –privados de libertad en general-, deberán estar separados de los adultos, salvo que en atención a las concretas circunstancias esta medida de separación sea contraria al interés del menor. Esta situación de separación de los adultos se mantendrá cuando el menor, durante la situación de detención, alcance la mayoría de edad, en atención a las circunstancias particulares del menor.

Por último, hay que recordar que los Estados deben adoptar, durante la situación de privación de libertad del menor sospechoso o acusado, las medidas necesarias para:

- a) Garantizar y salvaguardar la salud y el desarrollo físico del menor;
- b) Garantizar el derecho a la educación y la formación del menor;
- c) Garantizar el ejercicio regular y efectivo del derecho a la vida familiar, incluido el mantenimiento de los lazos familiares y
- d) Fomentar el desarrollo del menor y su futura integración social.

4. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LOS SOSPECHOSOS O ACUSADOS PRIVADOS DE LIBERTAD Y A PERSONAS DETENIDAS EN VIRTUD DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

4.1. El derecho a la asistencia jurídica gratuita como derecho instrumental y complementario al derecho a la asistencia letrada

Las normas mínimas relativas al derecho a la asistencia letrada de sospechosos o acusados en los procesos penales y en procedimiento para la ejecución de una ODE se plasmaron, tras largas negociaciones, en la Directiva 2013/48/UE sobre los derechos a la asistencia letrada, a informar sobre la detención y a comunicar con terceros y con las autoridades consulares. Sin embargo, aquella regulación quedó incompleta, al no haberse conseguido el necesario consenso en un aspecto esencial para la efectividad de los derechos allí reconocidos, como era el relativo a la asistencia jurídica gratuita. Efectivamente, quedó pendiente su regulación, las normas mínimas relativas a las medidas a adoptar por los Estados para hacer efectivo el derecho a la asistencia letrada, cuando el sospecho o acusado o sujeto a una ODE careciese de medios suficientes para sufragar los gastos de un abogado y aquellos otros costes que pudieran derivarse del procedimiento.

La propuesta de Directiva ahora analiza –si finalmente ve la luz- viene a paliar, en parte aquélla carencia, pero, como decimos, solo en parte, pues no aborda completamente el tema de la asistencia jurídica gratuita en el proceso penal, al contemplar solo la asistencia cuando el sospechoso o acusado esté privado de libertad, pero no cuando el sospechoso se encuentra en libertad. Este aspecto, ante la imposibilidad de poner de acuerdo a todos los EEMM, ha sido objeto de una Recomendación a los Estados sobre cómo deberían actuar y en su caso, ajustar las

legislaciones, para alcanzar la deseada armonización, también en este campo y de este modo allanar el camino a la necesaria confianza mutua necesaria para la plena efectividad del principio de reconocimiento mutuo.

Como señala la propia propuesta de Directiva, la misma tiene una naturaleza complementaria de la Directiva reguladora del derecho a la asistencia letrada. Por ello, presenta un contenido breve. Efectivamente de los diez artículos de la norma cinco son de carácter general comunes a todas las Directivas ya aprobadas y a las propuestas en tramitación (remisión de información por los Estados, cláusula de no regresión, fecha para transposición, destinatarios, etc.). Así pues, las normas mínimas comunes sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita se contienen los otros cinco artículos.

La CDFUE recoge en su artículo 47 el derecho a la asistencia jurídica gratuita “a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. Si bien en el ámbito civil y mercantil se ha conseguido regular este derecho en los asuntos transfronterizos, aún no ha ocurrido lo mismo en el ámbito penal. Efectivamente, la directiva del Consejo 2003/8/CE, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios trata de promover la aplicación de la asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos para personas que carecen de recursos suficientes y siempre que dicha ayuda sea necesaria para asegurar un acceso efectivo a la justicia.

4.2. Precisiones terminológicas: los conceptos de asistencia jurídica gratuita y asistencia jurídica gratuita provisional

Antes del análisis de la regulación de los derechos contenidos en la propuesta de Directiva conviene efectuar unas precisiones terminológicas que recoge el propio texto normativo en su artículo 3º, definiendo qué se entiende por asistencia jurídica gratuita y por asistencia jurídica gratuita provisional. Así, por “asistencia jurídica gratuita” se entiende “la asistencia prestada por un Estado miembro para garantizar el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado”. Por su parte, con la expresión “asistencia jurídica

gratuita provisional” se hace referencia a la asistencia jurídica gratuita que se presta a una persona privada de libertad hasta la adopción de la decisión sobre la asistencia jurídica gratuita.

Estas precisiones terminológicas son esenciales pues evidencian que queda fuera de la regulación de la Directiva la asistencia jurídica gratuita en general en el proceso penal, regulándose solamente la de naturaleza provisional, esto es, la que ha de recibir una persona de forma inmediata a su detención, y hasta tanto se resuelva sobre el reconocimiento o no del derecho a la justicia gratuita general. Sobre la asistencia jurídica gratuita en general –cuando no hay detenido- son aplicables las previsiones de la Recomendación, que integra también el paquete de medidas presentado por la Comisión, sin carácter jurídico vinculante para los Estados.

El artículo 3º contiene dos definiciones más: la relativa a “persona buscada”, entendiendo por tal la sujeta a una ODE y la de “letrado” que es “toda persona que, con arreglo a la legislación nacional, está cualificada y autorizada, incluso mediante acreditación por un órgano autorizado, para prestar asesoramiento y asistencia jurídica a los sospechosos y acusados”.

4.3. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva

En primer lugar, la propuesta de Directiva comienza por señalar en el artículo 1 su objeto, que se concreta en el establecimiento de normas mínimas comunes sobre:

a) El derecho a la asistencia jurídica gratuita “provisional” de los sospechosos o acusados que estén privados de libertad en los procesos penales; esto es, solo la asistencia que de forma provisional se asigna a todo detenido de modo inmediato tras la detención antes, en cualquier caso, de prestar declaración en un interrogatorio. Solo de esta manera podrán garantizarse los derechos fundamentales a la asistencia letrada y a la presunción de inocencia en sus manifestaciones del derecho a no declarar o a no confesarse culpable y

b) El derecho a la asistencia jurídica gratuita “provisional” y a la asistencia jurídica de las personas sujetas a un procedimiento de ODE. En este caso, la regulación contenida en la propuesta de Directiva es tanto la asistencia con carácter provisional inmediata tras la detención y en general, la asistencia letrada durante todo el procedimiento de la ODE, incluida la asistencia letrada gratuita en el Estado de emisión y en el Estado de ejecución.

Las normas contenidas en la propuesta de directiva resultan de aplicación a los sospechosos o acusados privados de libertad en un proceso penal que “tengan derecho a la asistencia de letrado”, conforme a la Directiva reguladora de este Derecho, así como a las personas sujetas a un procedimiento de ODE (personas buscadas). Queda fuera, como apuntamos, la regulación con carácter general del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso penal, que seguirá estando regulada por las normativas internas de los Estados.

4.4. Regulación, en concreto, del derecho a la asistencia jurídica gratuita provisional

La asistencia letrada gratuita provisional es la que se presta a una persona privada de libertad hasta que se decida sobre la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Son titulares de este derecho, conforme al artículo 4.1, “si así lo desean”, los sospechosos o acusados privados de libertad en un proceso penal y el buscado, detenido o privado de libertad, en el Estado de ejecución de una ODE. La expresión “si lo desean”, hay que entenderla en el sentido de que pueden designar abogado que les asista de su elección. En caso contrario, y sin necesidad de efectuar en estos momentos averiguación sobre su solvencia económica, serán provisionalmente asistidos de forma gratuita por un abogado. No debe entenderse, con carácter general, en el sentido de que el detenido puede renunciar al derecho a estar asistido de letrado en las actuaciones de investigación que se lleven a cabo estando privado de libertad, en especial, su declaración o interrogatorio. Para ello, habrá que estar a lo que prevé la Directiva sobre asistencia letrada que, en este punto remite, a su vez, a lo que permitan o autoricen las distintas normativas internas.

La asistencia letrada provisionalmente gratuita ha de prestarse “sin demora injustificada tras la privación de libertad y siempre antes del interrogatorio”. Efectivamente por los mismos fundamentos que la asistencia letrada al detenido o privado de libertad, en general ha de hacerse en estos momentos iniciales de la investigación, en todo caso, antes del primer interrogatorio tras la privación de libertad, igual debe ocurrir cuando el detenido no designe abogado porque no pueda por razones económica o porque no quiera. Es también una función del Estado facilitar los medios para que el individuo pueda plenamente ejercitar los derechos fundamentales de defensa y de presunción de inocencia, pero también el Estado debe garantizar que se dan todas las condiciones necesarias para un juicio justo.

La asistencia jurídica gratuita provisional se extiende desde estos momentos iniciales de la investigación, tras la detención, y hasta que se adopte por los órganos competentes una resolución definitiva sobre la concesión, o no, del más general derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso penal o en el procedimiento de ejecución de la ODE. Para el caso de que le sea concedido este derecho, continúa la asistencia provisional hasta que la designación de letrado –si es que es otro distinto al que se asiste provisionalmente-. Se pretende, pues, que no haya períodos sin asistencia letrada en el paso de la asistencia gratuita “provisional” a la “definitiva”.

Sin embargo, no aclara la norma qué ocurre si la decisión definitiva de la asistencia jurídica gratuita es denegatoria y el sospechoso, acusado o sujeto a una ODE, sigue privado de libertad. En los Estados en los que la asistencia jurídica al detenido es preceptiva, la efectividad de los derechos en juego determina que deba seguir contando con asistencia letrada, sin perjuicio de que sea el Estado asuma los costes de ello y pueda, posteriormente, reclamarlos al sospechoso o acusado con recursos económicos suficientes. A tal efecto, la propuesta de Directiva prevé que los Estados podrán exigir los costes de la asistencia jurídica gratuita provisional cuando los sospechosos, acusados o buscados, no cumplan los criterios que dan lugar a la concesión de este derecho conforme a la legislación interna.

Los Estados han de garantizar que la asistencia jurídica gratuita comprenda todo lo necesario para hacer efectivo el derecho a la asistencia letrada en los términos recogidos en la Directiva, tanto la fase de investigación policial y en su caso, judicial, como durante el juicio y para la interposición de los recursos que resulten procedentes. Igualmente y en su caso, deberá garantizarse esta asistencia durante la fase de ejecución.

4.5. Particularidades del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el caso de personas buscadas por una Orden de detención europea

La persona buscada por una ODE tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita provisional desde el momento mismo de la detención. Sin embargo, tras esta primera asistencia letrada provisional, a la que se tendrá derecho en todo caso, una vez que se tramite y decida sobre la concesión o no del derecho (definitivo) a la asistencia jurídica gratuita, los Estados pueden condicionar la concesión –el mantenimiento- de este derecho. Efectivamente, el artículo 5, tras reconocer el derecho a la asistencia jurídica – en el Estado de ejecución- desde el momento de la detención (aquí con carácter provisional), hasta la expulsión o la firmeza de la decisión de expulsión, y el derecho a designar letrado también en el Estado de emisión que asesore y asista al letrado designado en el Estado de ejecución, prevé, no obstante, que los Estados puedan condicionar este derecho (definitivo) a la asistencia jurídica gratuita “a una evaluación de los recursos de la persona buscada o del interés de la justicia en proporcionar el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, con arreglo a los criterios de concesión aplicables en el Estado de que se trate”. En todo caso, conforme al artículo 3, y hasta la decisión definitiva sobre la concesión del derecho, el detenido tendrá derecho (provisional) a la asistencia letrada.

5. DISPOSICIONES COMUNES A LAS TRES PROPUESTAS DE DIRECTIVAS ANTERIORES

Al igual que ocurre con las tres Directivas ya aprobadas, las propuestas analizadas contienen también una serie de disposiciones comunes a todas ellas en los mismos o similares términos que las aprobadas. Así, recogen la cláusula de no regresión, la obligación de facilitar información, los plazos para la transposición por los Estados a los ordenamientos internos o los destinatarios de las mismas, que son los Estados.

Así, en cuanto a los períodos para su transposición la propuesta de Directiva sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se prevé el plazo de los 18 meses de su publicación; la propuesta de Directiva sobre derechos de los menores acusados en procesos penales contempla el de 24 meses desde su publicación, y la propuesta de Directiva relativa a los derechos a la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el propio juicio, también 18 meses. Es decir, períodos amplios, generosos, para que los Estados, puedan ajustar adecuadamente sus ordenamientos internos. El agotamiento de estos plazos nos situaría en el horizonte aún lejano de mediados del año 2017 en el que el plan de trabajo de 2009 podría estar prácticamente ejecutado, si bien no todas sus medidas con la misma extensión.

6. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

6.1. Contexto el que el surge la ODE

El Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 fijó los campos de actuación, durante los siguientes años, para conseguir un auténtico ELSJ en la UE. En virtud del encargo recibido por el Consejo, la Comisión publicó el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal³⁹², que había sido proclamado como piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil como penal. Con cierto retraso se publicó este Programa. El primer instrumento surgido de este Programa, en desarrollo de la Medida 8³⁹³, fue 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, que venía a sustituir a los tradicionales sistemas de extradición entre los EEMM por un nuevo sistema de entrega para la ejecución de una resolución firme, para la práctica de diligencias o para el enjuiciamiento de naturaleza estrictamente jurisdiccional, entre autoridades judiciales, sin margen de decisión a las autoridades gubernativas, con

³⁹² DO C 12 de 15 de enero de 2001, p. 10.

³⁹³ Decía así: “Buscar los medios para establecer, al menos para las infracciones más graves enumeradas en el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea, un régimen de entrega que se base en el reconocimiento y ejecución inmediata de la orden de detención dictada por la autoridad judicial requirente. Este régimen debería establecer, en particular, las condiciones en que la orden de detención constituiría base suficiente para que las autoridades competentes requeridas entreguen a la persona con miras a crear un espacio jurídico único en materia de extradición”.

fundamento en el principio de reconocimiento mutuo y la confianza existente entre las autoridades judiciales de los distintos EEMM. Esta naturaleza exclusivamente jurisdiccional constituye ya, en sí misma, un reforzamiento de los derechos y garantías procesales, al reducir el margen de decisiones arbitrarias, consecuencia del sometimiento al principio de legalidad, frente al de oportunidad política³⁹⁴.

Hay que recordar que la Decisión marco surgió en un contexto de miedo por los atentados terroristas del 11-S. Los Estados se apresuraron a concluir un instrumento ágil de entrega de sospechosos y acusados para luchar, entre otros ámbitos, contra este fenómeno de delincuencia global. Pero esta precipitación, y el éxito en la rápida aprobación de este instrumento, supuso dejar al margen de su regulación aspectos tan esenciales como los derechos y garantías procesales que habrían de observar los Estados, tanto emisor como de ejecución, en relación con la persona buscada y detenida en virtud de una ODE. Ello se justificaba, en algún caso, en que la Comisión había iniciado los trabajos que habrían de desembocar, en un breve plazo, en un instrumento normativo que regularía, con carácter general, los principales derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados en la UE para todos los procedimientos penales. Se trataba del Libro Verde y la posterior propuesta de Directiva sobre tales derechos y garantías de 2004 que, finalmente, no fue aprobada.

Esta ausencia de una regulación general de los derechos y garantías del sujeto a una ODE ha provocado diversos problemas de aplicación por los Estados, existiendo divergencias entre ellos sobre las posibilidades de denegación de las mismas. Los distintos Estados han interpretado de diversa manera las posibilidades de denegación por vulneración de derechos procesales fundamentales, restando así eficacia a este instrumento, poniéndose de manifiesto que la tan deseada confianza entre autoridades judiciales no existe en la medida necesaria, frustrando entregas de sospechosos o acusados.

No obstante, la Decisión marco no está huérfana de referencias a derechos y garantías procesales, conteniendo algunas prevenciones al respeto. No ha sido hasta la

³⁹⁴ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNANDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, <www.uma.es/investigadores>, 2006, p.4.

regulación mediante las Directivas aprobadas tras el Plan de Trabajo de 2009 cuando expresamente se ha reconocido a estas personas sujetas a una ODE determinados derechos y su alcance. Así las Directivas hasta ahora aprobadas, y los proyectos en curso, recogen en su ámbito de aplicación a estas personas y continúen artículos específicos sobre particularidades a observar frente al régimen general previsto para todos los procesos penales.

Analizaremos seguidamente las referencias a los derechos y garantías que se recogen en la Decisión marco para estas personas sujetas a una ODE. Para ello agruparemos estos contenidos en cuatro bloques. Así, siguiendo la clasificación del profesor SÁNCHEZ LEGIDO³⁹⁵, cabe distinguir entre: a) las denominadas cláusulas generales de sumisión a los principios fundamentales; b) la suspensión de la ejecución de la ODE ante la violación grave de un Estado miembro de los principios democráticos; c) las garantías sobre la tramitación del procedimiento de la solicitud de entrega y d) garantías para prevenir violaciones de los derechos fundamentales en el Estado de emisión, con posterioridad a la entrega.

6.2. Las cláusulas generales de sumisión a los principios fundamentales de la Unión

Tanto el artículo 1.3, como el considerando 12 de la Decisión marco reguladora de la ODE, así como el artículo 1.2 de la Decisión marco 2009/299 de 26 de febrero de 2009, que modifica a la anterior, establecen, a modo de principio general el respeto, como no podía ser de otra forma, a los derechos fundamentales. Señala el artículo 1.3 que “La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

Entre estos derechos fundamentales se encuentran los de naturaleza procesal que asisten a los sospechosos o acusados en un proceso penal. Pero su invocación de modo tan amplio resulta insuficiente para paliar el déficit de derechos y garantías en concreto, de este instrumento. Se trata de un recordatorio que no está de más, pero que poco

³⁹⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *REEL*, núm. 14, 2007, pp. 43-48.

aclara sobre el alcance de los derechos y garantías procesales fundamentales de que goza el sometido una ODE. Solo con la aprobación de las nuevas Directivas, en desarrollo del Plan de trabajo de 2009, se han concretado tanto respecto del hecho mismo de su disfrute por estas personas, como sobre el concreto alcance de cada derecho.

En este marco de principio general cabe situar también la previsión contenida en el considerando 13 de la DM donde se recoge la prohibición de devolución, expulsión o extradición de una persona a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura y a otras penas o tratos inhumanos degradantes.

6.3. La suspensión de la ejecución de la Orden de detención europea ante la violación grave de un Estado miembro de los principios democráticos

Una segunda referencia a los derechos y garantías procesales que recoge la Decisión marco también de carácter muy general, apuntada por SÁNCHEZ LEGIDO, sería la suspensión de la ejecución de una ODE, basada en la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro (del Estado de emisión en este caso) de los valores fundamentales comunes de la UE, conforme al mecanismo previsto en el artículo 7 TUE. Pero aún en estos casos, para que la suspensión de la ejecución procediese, tendría que existir un riesgo grave de violación de los valores fundamentales por parte del Estado de ejecución, afecte directamente a la persona del sospechoso o acusado, de modo tal que implicaría una flagrante violación de sus derechos fundamentales. Nuevamente, esta garantía procesal es muy general y de muy difícil efectividad dado lo extraordinario del supuesto de hecho que lo justificaría.

6.4. Derechos y garantías durante la tramitación del procedimiento de solicitud de entrega

Se trata de los derechos y garantías procesales del sospechoso o acusado que le asisten durante la tramitación del procedimiento de ejecución de una ODE en el Estado encargado de cumplirla. En este punto existen ya referencias expresas a concretos derechos y garantías procesales de la persona sujeta a la ODE.

Así, el artículo 11, bajo la rúbrica “Derechos de la persona buscada”, recoge los derechos a la información y a la asistencia letrada y de intérprete. Sin embargo, esta regulación resulta excesivamente reducida. Aunque conviene recordar, en este punto, que las Directivas ya aprobadas amplían y concretan estos derechos en relación con la persona buscada y detenida en virtud de una ODE.

6.4.1. Los derechos a la información

Efectivamente, en cuanto al derecho a la información el apartado 1º del artículo 11 establece:

“Cuando una persona buscada sea detenida, la autoridad judicial de ejecución competente informará a dicha persona, de conformidad con su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención europea, de su contenido, así como de la posibilidad que se le brinda de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora”.

Tras la lectura del precepto se observa que se trata de un derecho a la información muy reducido, pues según la DM únicamente se le informa de la existencia de la orden, de su contenido y de la posibilidad de consentir la entrega, en la forma en que establezca el Derecho interno.

En la actualidad, el derecho a la información del buscado y detenido por una ODE se encuentra regulado por el artículo 5 de la Directiva 2012/13, que recoge el derecho a recibir “con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos”. Asimismo en su anexo II propone un modelo indicativo de cómo debiera ser esta declaración.

6.4.2. El derecho a la asistencia letrada y a la interpretación

Por su parte, el apartado 2º del artículo 11 recoge los derechos a la asistencia letrada y a la interpretación, cuando no conozca la lengua del procedimiento en los siguientes términos:

“Toda persona buscada que sea detenida [...] tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”.

Se trata también de una parca regulación que, reenvía a los Derechos internos. En consecuencia, nada nuevo añade a los derechos o garantías del detenido. Ha sido la Directiva 2010/64 reguladora de los derechos a la traducción y a la interpretación la que ha concretado el alcance y contenido de este derecho, extendiéndolo expresamente a los detenidos en virtud de la ODE. Efectivamente, el artículo 1 de esta Directiva recoge expresamente en su ámbito de aplicación a los buscados y detenidos por una ODE, no ya de conformidad con el Derecho interno de que se trate, sino en las condiciones establecidas en esta Directiva (arts. 1.1. y 2.7). Además, en relación con el derecho a la traducción, se establece la obligatoriedad a los Estados de entregar al detenido una traducción escrita de la ODE si no habla o entiende la lengua del procedimiento o, en su caso, en la que esté redactada.

Otro tanto ha ocurrido en relación con el derecho a la asistencia letrada, siendo ahora la Directiva 2013/48 la que reconoce el derecho a las personas sujetas a una ODE en los términos recogidos en la misma, en particular, en su artículo 10, que reconoce este derecho en un doble plano: tanto en el Estado de ejecución, como en el Estado de emisión, algo que la Decisión marco de 2002 en absoluto preveía.

Sobre el alcance actual de estos derechos, a la luz de las nuevas Directivas, nos remitidos al capítulo correspondiente en el que fueron objeto de análisis.

6.5. Garantías para prevenir violaciones de los derechos fundamentales en el estado de emisión, con posterioridad a la entrega, en particular por condenas dictadas en rebeldía del reo

El artículo 5 de la DM, en su redacción original, preveía tres supuestos en los que la autoridad judicial de ejecución podría exigir a la autoridad reclamante el cumplimiento de ciertas garantías en relación con el detenido en virtud de la ODE. Así, el artículo 5.1, en los supuestos en los que la resolución judicial que imponía la pena o medida de seguridad, cuya ejecución motivó el dictado de la ODE, se hubiera dictado en rebeldía y sin que el condenado hubiera sido citado personalmente o informado de otro modo de la fecha y lugar del juicio, la entrega podía condicionarse a que la autoridad judicial emisora ofreciese garantías –que la autoridad de ejecución considerase suficientes-, de que el condenado tendría la posibilidad de pedir un nuevo proceso que

salvaguardase los derechos de defensa en aquél Estado y la posibilidad de estar presente en la vista.

Este supuesto fue objeto de modificación. Efectivamente la DM 2009/299 derogó el apartado 1 del artículo 5 e introdujo un nuevo artículo 4 bis en el cual se recogen las condiciones en las que no deberá denegarse la ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la presencia del imputado. Veremos más adelante tales condiciones.

A consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español el TJUE ha declarado³⁹⁶ que el objeto de la modificación a la DM de 2002 llevada a cabo por la DM 2009/299 introduciendo en nuevo artículo 4 bis era armonizar las condiciones de ejecución de una ODE en los supuestos de condena en rebeldía, muestra del consenso existente entre los Estados respecto del alcance que en virtud del Derecho de la Unión debe darse a los derechos procesales de la persona condenada en rebeldía. Por ello, la invocación del artículo 53 de la CEFUE por un Estado miembro condenado en rebeldía, condicionando la entrega a la revisión de la condena en rebeldía por el Estado de emisión supone cuestionar la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por la DM, contraviniendo los principios de confianza mutua y reconocimiento mutuo, principios que, precisamente pretende también reformar la DM³⁹⁷.

El segundo supuesto de condicionamiento por parte de la autoridad de ejecución a la prestación de determinadas garantías por la autoridad de emisión, se recoge en el apartado 2 del artículo 5 y hace referencia a aquellos supuestos en los que el detenido pudiera quedar sometido a una medida o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad. La condición será que el Estado de emisión tenga en su ordenamiento medios que permitan la revisión de la pena impuesta, previa petición, o cuando hayan transcurrido 20 años, o la posibilidad de aplicación de medidas de clemencia.

³⁹⁶ STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11 *Stefano Melloni*).

³⁹⁷ Sobre el objeto de la cuestión y los pronunciamientos del TJUE, *vid.* SALINAS ALCEGA, S., “Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 -*Stefano Melloni* y Ministerio Fiscal- (As. C-399/11)”, *RAUE*, núm. 2, 2014.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 5 permite a la autoridad de ejecución condicionar la entrega de un nacional al Estado requirente para ser juzgado, a la posterior devolución a su Estado de ejecución –del que es nacional el detenido–, en el que cumplirá la pena o medida de seguridad que le pudiera ser impuesta.

6.6. Otros derechos y garantías procesales en la Directiva reguladora de la Orden de detención europea

6.6.1. El derecho de audiencia y las garantías para el cumplimiento del principio *non bis in idem*

Al margen de estos derechos, cuyo alcance ha quedado superado por las nuevas Directivas aprobadas, la DM recoge otros derechos y garantías del buscado y detenido en virtud de una ODE. Así, el derecho a ser oído, tanto en la primera comparecencia ante la autoridad judicial en la que el detenido puede consentir en su entrega al estar conforme con ella (art. 13 DM), como en la audiencia prevista en caso de que no consienta en su entrega, en la que “...tendrá derecho a ser oída [la persona detenida] por la autoridad judicial de ejecución...”. Podemos apreciar aquí la semejanza de estos derechos con la garantía de que nadie puede ser condenado sin haber tenido la oportunidad de haber sido oído y que en ordenamientos como el español tiene su plasmación en el derecho del acusado a la última palabra en juicio, derecho íntimamente vinculado con el derecho de defensa pero independiente del derecho a la asistencia letrada³⁹⁸.

La posibilidad de denegación de la ejecución de una ODE, en este caso, establecida como garantía del principio *non bis in idem* (art. 4.2 y 5) carece también de la necesaria exigencia de seguridad jurídica necesaria, como garantía del individuo detenido, pues la transposición a los Derechos internos, se ha efectuado por los Estados con distinto alcance, en unos como causa obligatoria de denegación, en otros como

³⁹⁸ Así, como recuerda la STC 181/1994, de 20 de junio, “...la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio”.

causa facultativa³⁹⁹. En este sentido conviene recordar que el concepto de “mismos hechos” a que se refiere la Directiva en su artículo 3.2 y que permitiría denegar la ejecución de la ODE constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión, como declaró el TJUE⁴⁰⁰.

6.6.2. Garantías del derecho a estar presente en el propio juicio: las condenas en rebeldía

El distinto alcance que los EEMM otorgan al derecho a estar presente en el propio juicio ha motivado la denegación de solicitudes de ODE por parte de Estados en los que este derecho tiene un diferente alcance, mayor, que el ofrecido en el Estado emisor de la ODE. Las disfunciones que ello provocaba llevaron, a iniciativa de un grupo de EEMM, a la modificación de la Decisión marco de 2002 para perfilar los supuestos en que puede condicionarse o denegarse la ejecución de una ODE, cuando traiga causa de una resolución dictada en ausencia del acusado. En este sentido, la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, modifica, entre otras normas dictadas en aplicación del principio de reconocimiento mutuo, la Decisión marco de 2002, suprimiendo el apartado 1 del artículo 5, e introduciendo un nuevo artículo 4 bis que recoge los supuestos en los que no puede denegarse o condicionarse la entrega del detenido por la ODE que no hubiera comparecido en el juicio en el que fue condenado⁴⁰¹. Tales supuestos son los que, posteriormente, se han recogido en la propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales que, junto a otras propuestas, presentó la Comisión el 27 de noviembre de 2013, en tramitación. Básicamente, no podrá denegarse la ODE cuando concorra alguna de las siguientes condiciones:

³⁹⁹ Sobre el particular, y modo en que España ha transpuesto al derecho interno y regula el principio *non bis in idem* como causa de denegación de la ejecución de una ODE *vid.* DE HOYOS SANCHO, M. “Eficacia transnacional del *non bis in idem* y denegación de la euroorden”, *Diario La Ley* núm. 6330, 30 de septiembre de 2005. Edición digital ref^a LA LEY 4768/2005.

⁴⁰⁰ STJUE de 16 de noviembre de 2010 (asunto C-261/09, *Gaetano Mantello*).

⁴⁰¹ Sobre la situación anterior a la reforma de 2009, pudiendo condicionar el Estado de ejecución la entrega cuando la ODE tenía por objeto el cumplimiento de pena impuesta en una sentencia dictada en rebeldía “problema clásico de la cooperación judicial penal”, *vid.* LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XX, 2004, pp. 203-204.

- a) El acusado haya sido notificado personalmente de la fecha y lugar de celebración del juicio o por otros medios tuvo conocimiento efectivo de esa información, siendo igualmente informado de la posibilidad de ser juzgado en su ausencia o
- b) El acusado, conocedor de lo anterior apoderó a letrado –por él designado o designado de oficio por el Estado- para que le defendiese en juicio y efectivamente fue defendido o
- c) Tras serle notificada la resolución de condena y ser informado de su derecho a nuevo juicio o a interponer recurso, renunció expresamente a ello, o dejó transcurrir el plazo para recurrir sin hacerlo o finalmente,
- d) Aun cuando no se notificó personalmente la resolución de condena, se le notificará inmediatamente tras la detención informándole expresamente de su derecho –en el Estado de emisión- a un nuevo juicio, o a interponer recurso en el que podrá comparecer y proponer pruebas pudiendo finalizar con una nueva resolución en sentido contrario a la inicial por la que fue condenado, siendo informado de los plazos para ello.

Consecuencia de esta modificación, el TC español planteo ante el TJCE una cuestión prejudicial sobre el alcance del nuevo artículo 4 bis Decisión marco de 2002, y la posibilidad de condicionar la ejecución de la ODE. En particular preguntaba el TC español⁴⁰²:

“1ª. El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?”.

“2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”.

⁴⁰² ATC 86/2011, de 9 de junio.

“3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”.

El TJUE aclaró las dudas suscitadas limitando las facultades de revisión o de condicionamiento de la autoridad judicial de ejecución, en los siguientes términos:

“1) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.

2) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3) El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”.

7. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL

7.1. La Directiva reguladora de la Orden Europea de Investigación. Objeto

La Directiva 2014/41 de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (OEI) cuyo plazo de transposición por los EEMM finaliza el 22 de mayo de 2017 contiene una serie de referencias a los derechos y garantías procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales.

La Directiva tiene por objeto el reconocimiento mutuo de las resoluciones adoptadas para la obtención de pruebas, de modo que una resolución judicial –la OEI- emitida o validada por la autoridad judicial del Estado de emisión, para llevar a cabo una o varias medidas de investigación para la obtención de pruebas, será cumplimentada en el Estado de ejecución de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si hubiese sido emitida por una autoridad judicial de ese mismo Estado.

A este respecto, por la importancia que las pruebas obtenidas en una futura y eventual condena del sospechoso o acusado sujeto a un proceso penal puedan tener, sin perjuicio de la plena aplicabilidad de las normas ya aprobadas en la UE sobre derechos y garantías procesales, la Directiva reguladora de la OEI contiene diversas referencias a las salvaguardas de los mismos.

A partir del 22 de mayo de 2017 la Directiva desplazará o sustituirá, en las relaciones entre los Estados vinculados por ella –todos los EEMM excepto Dinamarca e Irlanda- a otros instrumentos normativos que recogen también –algunos-, referencias a los derechos y garantías procesales en similares términos a los abordados por la nueva Directiva⁴⁰³, que analizamos seguidamente.

A modo de principio general, el artículo 1.4 de la Directiva señala que la misma no podrá tener como efecto la modificación de la obligación de respeto a los derechos fundamentales y a los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 TUE, incluido –y fundamentalmente en lo que nos interesa- el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal⁴⁰⁴.

⁴⁰³ La nueva Directiva sustituirá, a partir del 22 de mayo de 2017, a las disposiciones correspondientes de los siguientes convenios aplicables a las relaciones entre los EEMM vinculados por la Directiva: a) Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26; b) Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen; c) Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo. 2. Igualmente quedarán sustituidas por la nueva Directiva la Decisión marco 2008/978/JAI para todos los Estados miembros vinculados por la nueva Directiva. Las disposiciones de la Decisión marco 2003/577/JAI quedan sustituidas por la nueva Directiva para todos los Estados miembros vinculados por ella en relación con el aseguramiento de pruebas.

⁴⁰⁴ En este sentido, el artículo 3 de la Ley española 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea establece –en su artículo 3 –en lo que resulta una obviedad- que la misma se aplicará respetando los derechos y libertades fundamentales y los principios recogidos en la CE, en el artículo 6 TUE y la CDFUE y el CEDH.

Por último, también hay que advertir que en el considerando 15 hay un llamamiento expreso a que la aplicación de la Directiva reguladora de la OEI sea conforme a lo dispuesto en las tres Directivas aprobadas en materia de derechos y garantías procesales.

7.2. Posibilidad de solicitar la emisión de una Orden europea de investigación como manifestación del derecho de defensa

Si bien el derecho a la proposición de pruebas no ha sido objeto de regulación específica por la UE en las distintas Directivas ya aprobadas, o por aprobar, lo cierto es que su relación con el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia – que ha de ser desvirtuada con pruebas de cargo adecuadas- es innegable. En cambio, tales derechos sí han sido objeto de regulación por Directivas ya aprobadas o en elaboración. Además, se trata de un derecho reconocido expresamente en el CEDH en el artículo 6.3 d). Por ello, es esencial que, al igual que una prueba de cargo –que puede resultar esencial para la condena del acusado- pueda ser obtenida mediante la emisión y ejecución de una OEI, de igual manera –principio de igualdad de armas-, el propio acusado o su defensa han de tener acceso y capacidad para instar del tribunal la emisión de una OEI para la obtención de una prueba que pueda resultar esencial para su defensa. En este sentido, el artículo 1.3 de la Directiva señala que “La emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por su abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional”.

7.3. Motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de una Orden europea de investigación

El artículo 11.1 f) prevé, como motivo específico de denegación del reconocimiento o ejecución de una OEI, la existencia de “motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la OEI sería incompatible con las obligaciones del Estado miembro de conformidad con el artículo 6 TUE y de la Carta [CDFUE]”. Es decir, cuando pueda haberse producido una vulneración de los derechos y libertades fundamentales recogidos en el CEDH, así como en la CDFUE.

Nuevamente nos encontramos con la válvula de escape de la salvaguarda del respeto a los derechos fundamentales que, necesaria, puede sin embargo ser empleada abusivamente por los Estados, recelosos de su soberanía, o en un ejercicio mal entendido de ajuste del ordenamiento jurídico del otro Estado, a las normas propias sobre derechos fundamentales, como ha ocurrido con la ODE.

A este respecto debe destacarse las críticas suscitadas, durante la tramitación de la Directiva, por la reducción de las causas de denegación de la Orden, con la supresión de los principios tradiciones de la doble incriminación y del *ne bis in idem*, con el resigo para la vulneración de las garantías procesales de los investigados, por la no ponderación del principio de proporcionalidad o la eliminación de la excepción de territorialidad, no obstante, como recuerda JIMÉNEZ-VILLAREJO⁴⁰⁵, recordando la doctrina del TJUE⁴⁰⁶, emanada en relación con la ODE, pero aplicable también a la OIE, la ausencia de la doble incriminación no supone vulneración del principio de legalidad, ya que son los Estados y no las instituciones de la Unión los que están sujetos al principio de legalidad penal.

El problema que subyace, en el fondo –sigue diciendo JIMÉNEZ-VILLAJERO, es si el nivel de confianza mutua en los sistemas jurídicos de los otros EEMM se compensa suficientemente con la sustitución del control de la doble incriminación, con mecanismos de garantía que permitan al Estado de ejecución rechazar por motivos de orden público, consistente en la obligación que tendría obligado a colaborar en una investigación que, a todas luces, rebasase los límites marcados por el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas.

Por último conviene también recordar que nos encontramos ante un mecanismo para obtención de pruebas y no ante un instrumento para ventilar la culpabilidad o inocencia de un individuo, por ello los derechos y garantías propias del proceso penal no son plenamente aplicables o con la misma extensión en un procedimiento de

⁴⁰⁵ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?, en AAVV, *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, (Coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Comares, Granada, 2011, pp. 184-187.

⁴⁰⁶ STJCE de 3 de mayo de 2007, asunto *Advocaten voor de Wereld*.

cooperación judicial, como tampoco lo son en un procedimiento de extradición, al menos desde la óptica interna española, como reiteradamente tiene declarado el TC.

7.4. Recursos

En relación con los medios o vías de recurso que se establezcan sobre la práctica de pruebas en virtud de una OEI –que deberán ser similares a los que el derecho interno contemple para supuestos semejantes-, el artículo 14 dispone expresamente que si se trata de recursos no suspensivos, por los que las pruebas han sido transmitidas al Estado de emisión y finalmente, el recurso prospera en el Estado de ejecución, esta estimación deberá ser tomada en cuenta en el Estado de emisión. Además, proclama que “los Estados miembros velarán por que, en los procesos penales, en el Estado de emisión, se respeten los derechos de la defensa y la equidad del proceso al evaluar las pruebas obtenidas a través de una OEI”.

8. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO PARA LA CREACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA

A mediados del año 2013 la Comisión presentó su propuesta para la creación de una Fiscalía Europea para la lucha contra la delincuencia frente a los intereses financieros de la UE⁴⁰⁷. La norma tiene como objeto el establecimiento de una Fiscalía Europea, definiendo sus competencias y los procedimientos de actuación⁴⁰⁸. La base jurídica de la propuesta se encuentra en el artículo 86 del TFUE, conforme al cual, “para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust⁴⁰⁹. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”. El apartado

⁴⁰⁷ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea. COM(2013) 534 final. Bruselas, 17 de julio de 2013.

⁴⁰⁸ Para un estudio detallado sobre esta propuesta legislativa *vid.* DE PRADA RODRÍGUEZ, M., y ZÁRATE CONDE, A., “El Fiscal europeo: una aproximación a un gran desafío”, *Diario la Ley* núm. 8543, de 20 de mayo de 2015.

⁴⁰⁹ Sobre la conveniencia de la creación de la Fiscalía Europea a partir de Eurojust, *vid.* ALONSO MOREDA, N., “Eurojust, a la vanguardia de la Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 41, enero/abril, 201, pp. 119-157.

2 del mismo artículo, otorga a la Fiscalía Europea competencia –en colaboración con Europol-, para “...descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones”.

La propuesta de Reglamento dedica su capítulo IV (artículos 32 a 35) a las garantías procesales. Comienza, a modo de principio general, proclamando, como no podía ser de otra forma, que las actividades de la Fiscalía se llevarán a cabo con plena conformidad con los derechos de los sospechosos garantizados en la CDFUE, incluidos los derechos a un proceso imparcial y a los derechos de defensa (art. 32.1). Seguidamente, ya en particular, establece la relación de derechos que poseerá, como mínimo, todo sospechoso o acusado, en la forma y con la extensión que regulen la legislación de la UE (las Directivas aprobadas al respecto) y las legislaciones del EEMM en que se lleve a cabo la investigación (art. 32.2). Tales derechos son los siguientes:

- a) Los derechos a la interpretación y a la traducción,
- b) Los derechos a la información y al acceso a los materiales del expediente,
- c) Los derechos de acceso a un abogado y a comunicarse con terceras personas e informarlas en caso de detención,
- d) Los derechos a permanecer en silencio y a la presunción de inocencia,
- e) El derecho a la asistencia jurídica y
- f) El derecho a presentar pruebas, nombrar expertos y escuchar a los testigos.

Los derechos enumerados en el artículo 32 de la propuesta de Reglamento resultarán de aplicación a los sospechosos y acusados de haber cometido alguna de las infracciones a las que resulte de aplicación tal norma⁴¹⁰, así como a aquellas otras personas que, no teniendo tal condición inicialmente, puedan adquirirla a la vista del interrogatorio, audiencia o entrevista que se lleve a cabo.

⁴¹⁰ Conforme al artículo 4, en relación con el artículo 2 de la propuesta de Reglamento, son “los delitos penales que afecten a los intereses financieros de la Unión”. Estos delitos serán, a su vez, objeto de concreción mediante Directiva.

Estos derechos se poseen desde que el órgano de investigación sospeche que el individuo afectado ha cometido el delito de que se trate. Si avanzada la investigación de la Fiscalía, se formula denuncia ante el órgano jurisdiccional nacional competente los derechos y garantías procesales se ajustarán al régimen nacional aplicable. En todo caso, al sospechoso y acusado les resultan de aplicación, además, todos los derechos procesales que proporcione la legislación nacional aplicable.

Finalmente, los artículos 33 a 35 reconocen de forma expresa determinados derechos, ya enumerados anteriormente, sin aportar novedad o especialidad alguna en cuanto a su alcance. Así, el artículo 33 proclama los derechos a guardar silencio y a la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad conforme a la legislación nacional. El artículo 34 se ocupa del derecho a la asistencia jurídica, pero lo hace con a las legislaciones nacionales, señalando que todo sospechoso o acusado “tendrá derecho a que las autoridades nacionales le proporcionen asistencia jurídica total o parcialmente gratuita si no posee medios suficientes para costearla”, nada nuevo pues a lo que es la previsión que en términos muy similares se recoge, con carácter general, en la propuesta de Directiva de este derecho. Finalmente, el artículo 35 se ocupa de los derechos relativos a la proposición de pruebas por el sospechoso o acusado, señalando que “tendrá derecho a solicitar a la Fiscalía Europea que recopile cualquier prueba pertinente para la investigación, incluido el nombramiento de peritos y las audiencias de testigos”, conforme a la legislación nacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la implantación en el territorio de la Unión de un verdadero Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se configura como el objetivo político de primer orden a alcanzar. Su consecución debe ser de forma coherente, de modo que la supresión de fronteras interiores y la consiguiente libre circulación de personas estén acompañadas de las necesarias medidas de control de las fronteras exteriores, de unas políticas comunes de asilo, de inmigración y de control y lucha contra la delincuencia. Entre las medidas que los Tratados prevén para el desarrollo de este espacio común, se prevé el desarrollo de políticas, entre ellas, la cooperación judicial en materias civil y penal, cooperación policial y otras políticas en materias de asilo, inmigración y fronteras.

En particular, para alcanzar un espacio común de justicia penal, el principio de reconocimiento mutuo -basado en la equivalencia de las resoluciones y en la confianza- se consagra como piedra angular de la cooperación judicial en materia penal (art. 82.1 TFUE). Para alcanzarlo se prevén una serie de medidas legislativas relativas a la aproximación de las legislaciones nacionales en determinadas materias de Derecho penal, así como la adopción de normas mínimas sobre determinados elementos del proceso penal, entre ellas, las relativas a los derechos y garantías de los sospechosos y acusados. De este modo, la aproximación de las legislaciones sobre derechos y garantías procesales penales en toda la UE se configura como la herramienta necesaria para aumentar la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de los distintos Estados y así, dar virtualidad al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, eje central de la cooperación judicial penal.

SEGUNDA. La regulación que la Unión lleve a cabo debe conseguir aumentar la confianza entre autoridades para que, de este modo, el principio de reconocimiento mutuo sea una realidad. Este reconocimiento no implica la existencia de normas

similares, ni la armonización o la aproximación de las normas de los distintos Estados, algo que, sin duda, ayudará pero no constituye un presupuesto necesario. Precisamente por esa falta de equivalencia deben reconocerse efectos semejantes a las resoluciones de otros Estados en el Estado propio. El éxito del reconocimiento mutuo pasa porque los derechos fundamentales en toda la UE sean protegidos de manera equivalente por todos los EEMM. Esta opinión no es unánime y en contra se señala que, específicamente en el ordenamiento jurídico-penal, la armonización penal y procesal se constituye en presupuesto previo del principio de reconocimiento mutuo.

TERCERA. La voluntad política de avanzar en los derechos y garantías en el proceso penal, ya con el marco legal e institucional resultante del Tratado de Lisboa, quedó plasmada en el Programa de Estocolmo de 2009, que fijaba las orientaciones estratégicas para el desarrollo del ELSJ en los años siguientes. Este Programa asumió e incorporó el *Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* que recogía las medidas –derechos fundamentales de naturaleza procesal y garantías para su ejercicio–, sobre los que debía actuarse y que meses antes había aprobado por el Consejo de la UE, a propuesta de la presidencia sueca. Pero el necesario consenso para su aprobación sólo fue posible gracias a las válvulas de escape que también el Tratado de Lisboa había establecido para aquellos Estados no partidarios de la armonización en estas materias tan sensibles, vinculadas al concepto de soberanía (así, la posibilidad de bloqueo en el Consejo por cualquier Estado que entienda afectado por un acto normativo en este campo, aspectos fundamentales de su sistema penal, sin perjuicio del mecanismo de las cooperaciones reforzadas, o el sistema de *opt-in opt-out* que permiten, en cada caso, al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, sumarse o no a las propuestas que vayan a aprobándose y quedar o no vinculados por ellas.

El Plan de trabajo, frente a fracasadas propuestas anteriores, se caracterizaba por su carácter: 1) *progresivo*, dada la posibilidad de regular de manera gradual las medidas propuestas y no todas al mismo tiempo y en un único instrumento normativo; 2) *flexible*, al permitir el empleo tanto de medidas normativas como de otra naturaleza y la posibilidad de dedicar mayor o menor atención por parte de las instituciones a una u

otra medida en función de las necesidades concretas; 3) *abierto*, al permitir la regulación de cualquier otro derecho procesal o garantía, al margen de los previstos en el propio Plan que se estimase necesario o conveniente; 4) *realista*, pues consciente de las divergencias existentes entre los Estados, parte de una postura de mínimos, sin intención de predeterminar el contenido y alcance de los derechos sobre los que versa el Plan y 5) por la *ausencia de valor normativo*, sin pretender si quiera la fijación de unos mínimos de los que debiera partir la posterior regulación. La filosofía del “paso a paso” en el proceso de construcción europea subyace de forma clara en este Plan de trabajo.

CUARTA. La competencia de la UE para dictar normas en materia de derechos y garantías procesales penales es de naturaleza compartida. Ello supone que desde el momento en que la UE ha decidido hacer uso de ella, excluye la competencia de los EEMM. De aquí el temor, los recelos, de los Estados por la pérdida de control sobre esta materia, tan vinculada a la idea de soberanía.

El ejercicio de la competencia por parte de la Unión está condicionado al respeto de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. La concurrencia del primero de ellos no ofrece dudas. A diferencia de lo que ocurrió en el pasado, el artículo 82 TFUE establece la competencia compartida (realmente concurrente) de la Unión y los Estados, para dictar normas mínimas relativas a los derechos de las personas (sospechosas o acusadas) en los procesos penales.

El principio de subsidiariedad supone que la Unión solo puede actuar en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales y la cooperación judicial, cuando ello no pueda ser alcanzado de manera suficiente por la actuación aislada de los EEMM. Pero aún en este caso, la actuación de la Unión debe limitarse a la aprobación de normas mínimas. El temor de los Estados a que la Unión se extralimite en el ejercicio de la competencia, ha llevado al establecimiento de una serie de controles sobre el respeto por la Comisión y en general, por el resto de las instituciones, a este principio. Así se establece un control político *a priori*, que ejercen los Parlamentos nacionales, y otro *a posteriori*, de naturaleza jurisdiccional, por el TJUE llamado, en este caso, a resolver lo que, realmente,

constituye un conflicto de competencias entre UE y EEMM. Por primera vez, y transcurrida la *vacatio* de cinco años que preveía el Tratado de Lisboa para el conocimiento por el TJUE de las materias de justicia penal y asuntos de interior propias del antiguo tercer pilar, se irá generando, poco a poco, un cuerpo jurisprudencial sobre el régimen competencial en esta materia, no sólo sobre los aspectos que pueden ser objeto de regulación, sino también sobre si la regulación llevada a cabo se trata de una “norma mínima” o excede de este ámbito y en consecuencia, si la UE se ha extralimitado en el ejercicio de la competencia, invadiendo parcelas propias de los Estados.

En cuanto al cumplimiento del principio de proporcionalidad, que supone que la Unión, en la regulación que lleve a cabo, no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo pretendido, está también sometido al control jurisdiccional del TJUE. Sin embargo, al tratarse de una apreciación basada en muchos casos en razones de oportunidad, el Tribunal únicamente podrá declarar su infracción cuando la medida adoptada se revele manifiestamente errónea en función de las circunstancias conocidas en el momento de su adopción.

QUINTA. Para la regulación y desarrollo de los derechos y garantías a que se refiere el Plan de trabajo de 2009, las instituciones europeas deben tener en cuenta y partir del CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos allí recogidos, además, claro está, del TUE, del TFUE y de la CDFUE. El artículo 6 TUE prevé que la Unión, ya con personalidad jurídica propia independiente de la de los Estados, se adhiera al CEDH (todos los EEMM son signatarios de este Convenio). Tema interesante, aún abierto, es la relación entre estos dos Tribunales. Hasta ahora el TJUE carecía de competencias directas en materia penal. A partir de ahora, se prevé incluso un recurso ante el mismo –cuestión prejudicial urgente- cuando el afectado se encuentre privado de libertad. Ambos Tribunales van a ser competentes para conocer de violaciones de derechos procesales recogidos en el CEDH y regulados también, con la misma o mayor extensión por la UE. Urge, pues, clarificar, la relación entre estos Tribunales e impulsar las negociaciones para la adhesión, ante el riesgo de jurisprudencias contradictorias o el fraude que pudiera suponer una suerte de

peregrinaje del ciudadano por los distintos tribunales hasta encontrar el que le dé la razón. Debe operar una excepción de cosa juzgada que evite actitudes fraudulentas.

Además, la doctrina de la “presunción de la equivalencia” que hasta ahora, y no de modo absoluto, podía salvar, en cierto modo, las diferencias que pudieran surgir entre TJUE y TEDH, no cabe extenderla, sin más, a las materias propias del antiguo tercer pilar (hasta ahora solo predicable respecto a las materias del primer pilar). Conforme a esta doctrina el TEDH había establecido una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual entendía que la protección de los derechos fundamentales que llevaba a cabo el Tribunal de Luxemburgo, podía, en determinados casos ser compatible con la dispensada por el TEDH, si bien este Tribunal se reservaba la posibilidad de intervenir ante una “insuficiencia manifiesta” en esta protección, lo que ha ocurrido ya en diversos asuntos. Por esto, y porque es dudoso que el TEDH vaya a extender esta doctrina a los derechos y garantías procesales penales, no cabe buscar en ella una solución a las posibles contradicciones que pudieran existir entre ambos Tribunales.

SEXTA. El ejercicio de la competencia *ad intra*, por las distintas instituciones y las acciones que cada una puede llevar a cabo en materia de regulación de los derechos y garantías procesales, está presidido por los principios de equilibrio institucional y de cooperación leal entre las instituciones, lo que implica la colaboración y el diálogo entre ellas, indispensable en estas materias. Debe destacarse la labor de la Comisión, como impulsora de la regulación de estos derechos al tener atribuida, si bien en concurrencia con los Estados, la iniciativa legislativa en la materia. La Comisión apostó fuerte desde el primer momento por su regulación. Pero la iniciativa de la Comisión en políticas y acciones propias del ELSJ se ve condicionada por el Consejo Europeo, que además de la competencia general de desarrollo e impuso político que ostenta sobre todas las políticas, en particular, le corresponde la definición de la programación legislativa y operativa en la materia –desplazando a la Comisión- y el ejercicio de veto suspensivo a la regulación que se pretenda llevar a cabo. Ello no deja de ser una manifestación más de que, pese a la comunitarización de la cooperación judicial en materia penal, subyace su naturaleza gubernamental, propia del antiguo sistema de pilares. Los Estados han retenido, *de facto*, determinadas competencias en esta materia, poniendo de manifiesto,

de este modo, sus las reticencias a ceder soberanía en materias tan sensibles como el proceso penal y los derechos y garantías de los sospechosos y acusados en el mismo.

SÉPTIMA. La Comisión ejerce la iniciativa legislativa, pero no en exclusiva. Los Estados han retenido la iniciativa que ya tenían, si bien tras el Tratado de Lisboa se exige que sea ejercida por un número mínimo de Estados (una cuarta parte), en lo que constituye otra manifestación más de que el carácter gubernamental no ha desaparecido del todo. Son también muy importantes las funciones de control de la Comisión sobre el cumplimiento de los Tratados y del Derecho derivado por parte de los Estados, pudiendo, en particular, instar al Consejo para que adopte procedimientos de control específicos sobre éstos para conocer la efectiva aplicación y alcance de las medidas adoptadas para la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

OCTAVA. La función legislativa *strictu sensu* es ejercida conjuntamente por el Consejo y el Parlamento, mediante Directivas, a través del procedimiento legislativo ordinario, consistiendo en unas normas mínimas que tendrán en cuenta las distintas tradiciones y los sistemas jurídicos de los EEMM. Para su aprobación en el seno del Consejo no se establecen mayorías especiales, por lo que rige la regla general de la mayoría cualificada. Sin embargo, es posible, por parte de cualquier Estado, el veto suspensivo a la aprobación cuando considere que el proyecto de directiva en cuestión pueda afectar a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, lo que de hecho supone que rija la regla de la unanimidad. Pese a ello, es posible que el proyecto, finalmente, salga adelante por la vía de la cooperación reforzada, es decir, sin vincular a la totalidad de los EEMM, sino sólo a los impulsores que, como mínimo habrán de ser nueve.

Por su parte, el Parlamento, convertido en colegislador junto al Consejo tras el Tratado de Lisboa, pese a no poder presentar iniciativas legislativas, puede instar a la Comisión a que lo haga. También ejerce la importante función de evaluación y supervisión de las políticas de los EEMM relativas a los derechos y garantías procesales. Este mayor papel otorgado al Parlamento tanto en su función de colegislador

como de control, supone una respuesta a las críticas sobre el déficit democrático que, hasta ahora, presentaban las políticas en esta materia.

NOVENA. Tras el Tratado de Lisboa, el TJUE ha extendido su jurisdicción, pudiendo pronunciarse sobre la interpretación y validez de todos los actos legislativos adoptados en materias del ELSJ. No obstante, se han mantenido dos importantes limitaciones al pleno conocimiento en materia de cooperación judicial penal y policial (reminiscencias del carácter gubernamental de esta materia en la anterior estructura de pilares). Así, en primer lugar, la imposibilidad del Tribunal de pronunciarse sobre la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios de los EEMM con funciones coercitivas, y sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumban a los Estados respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguarda de la seguridad interior. La segunda limitación, de carácter temporal, ya superada, condicionaba el conocimiento de estos asuntos por parte del TJUE al transcurso de un período de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

DÉCIMA. Otra novedad importante, en relación con el TJUE y su conocimiento sobre las normas reguladoras en materia de derechos y garantías procesales, es la figura del *reenvío prejudicial* que se convierte en el principal instrumento de diálogo y cooperación leal entre los tribunales nacionales y el TJUE. Cualquier tribunal nacional puede, a través de la cuestión prejudicial, plantear al TJUE las dudas sobre la interpretación y validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE en materias relativas al ELSJ, si fuese necesario para resolver el asunto de que estén conociendo. Junto a la cuestión prejudicial “ordinaria”, en materias propias del ELSJ, se prevé la posibilidad de que los tribunales nacionales planteen una cuestión prejudicial “urgente” cuando la persona afectada por el procedimiento esté privada de libertad. De este modo, y a través de las cuestiones prejudiciales, el TJUE contribuirá a la unificación y armonización de los derechos y garantías procesales penales desde la óptica del Derecho de la Unión y el respeto a sus principios fundamentales, pero también sin olvidar que en materia de derechos fundamentales el punto de partida de toda regulación llevada a cabo por la Unión lo constituye el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

UNDÉCIMA. Desaparecida la Decisión marco y producida la comunitarización, al menos formal, de las materias de cooperación judicial penal y policial, la directiva ha sido el instrumento fijado por los Tratados para regular estas materias. Hubiera sido deseable el empleo del reglamento para la regulación de los derechos y garantías procesales por ser el instrumento normativo que mejor ayuda al aumento de la confianza mutua entre las distintas autoridades de los EEMM. Ocurre que no todos los Estados han transpuesto en plazo las Directivas ya aprobadas en la materia, consecuentemente, los Estados cumplidores desconfiarán de aquellos otros que, al no transponerlas en plazo, no ofrecerán a los ciudadanos los mismos estándares de protección que los Estados cumplidores. Otro inconveniente derivado del empleo de la directiva, frente al reglamento, es el riesgo de que los tribunales constitucionales u órganos internos con competencia para ello, declaren que la norma por la que se haya transpuesto la directiva vulnera sus Constituciones. Así ocurrió en Alemania, Polonia y Chipre con la transposición de la Decisión marco que estableció la ODE. Esta situación pudiera repetirse con las Directivas reguladoras de los derechos y garantías procesales ya aprobadas. Esto no ocurriría si la norma reguladora fuese el reglamento que, al ser directamente aplicable y no precisar norma alguna de transposición, no es susceptible de derogación por los tribunales nacionales, que solo pueden plantear la cuestión al TJUE. Nuevamente, el empleo de la directiva frente al reglamento denota una actitud conservadora en los Estados, reticentes a perder el control sobre estas materias. Con la directiva los Estados aún tienen margen de decidir cómo llevar a cabo la transposición y en qué momento.

DUODÉCIMA. La primera norma aprobada en desarrollo del Plan de trabajo de 2009 fue la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa a los derechos a la traducción e interpretación de los sospechosos y acusados. Han sido estos los primeros derechos objeto de regulación por el consenso existente sobre su alcance, por su naturaleza accesoria e instrumental necesaria para la efectividad de otros derechos fundamentales y por la existencia ya de trabajos preparatorios muy avanzados de los que partir. La Directiva vincula a todos los EEMM, salvo Dinamarca. Esta regulación tiene como punto de partida los derechos a la libertad y seguridad y a un proceso equitativo consagrados en los artículos 5 y 6 del CEDH, fijando de modo preciso tanto

su ámbito de aplicación como el alcance y extensión de los derechos, recogiendo las principales notas caracterizadoras de los mismos, conforme a la jurisprudencia del TEDH. Cabe destacar positivamente que se establezca de forma expresa que el disfrute de estos derechos se extiende a todas las fases del proceso, incluida la fase previa de investigación policial, también su carácter gratuito, la irrenunciabilidad del derecho a la interpretación y la posibilidad de renuncia a la traducción de documentos esenciales, bajo ciertas condiciones expresamente recogidas también en el texto.

Otro aspecto importante abordado por la Directiva es la preocupación por la calidad de la traducción y la interpretación, estableciendo mecanismos para garantizarla. De esta forma, para que el derecho a la interpretación sea concreto y efectivo, el intérprete ha de ser competente y el tribunal ha de tener la facultad de sustituirlo por otro si no es así. Por ello, también se ordena la creación de registros oficiales para la inscripción de estos profesionales que actuarán ante los tribunales de Justicia. Sin embargo, debe criticarse la ausencia de otros mecanismos de control sobre la calidad de la interpretación que se habían barajado en proyectos normativos anteriores o durante la fase de negociación y que, finalmente, no se incorporaron al texto aprobado, como la obligación de grabar aquellas actuaciones más importantes del proceso en que intervenga intérprete, o la determinación de cuáles debieran ser los requisitos a cumplir por los profesionales que pretendan acceder a estos registros oficiales.

DECIMOTERCERA. Avanzando en la ejecución del Plan de trabajo de 2009, la siguiente medida aprobada fue la relativa a los derechos de información en el proceso penal, mediante la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, de aplicación, también, a todos los EEMM, salvo Dinamarca. La Unión decidió intervenir en este campo pues, pese a que de los artículos 5 y 6 CEDH ya se derivan estos derechos de información, no se establece el modo en que debe producirse tal información, ni tampoco se reconoce el derecho de acceso a los materiales del expediente. Efectivamente, la norma regula con detalle los derechos a la información que posee todo sospechoso o acusado en un proceso penal y que se concretan en los siguientes: 1) información de los derechos que posee el sospechoso cuando se encuentra en situación de libertad; 2) información de los

derechos que posee cuando está privado de ella; 3) el derecho a recibir información sobre la acusación formulada y 4) el derecho de acceso a los materiales del expediente.

Se impone la obligatoriedad de que la información de derechos se haga por escrito cuando el sospechoso esté detenido, determinándose el contenido de la información en cada caso. En particular, cuando la detención sea por la ejecución de una ODE se establece el contenido preciso de esta información. La Directiva recoge expresamente el derecho de acceso a los materiales del expediente y sus posibles limitaciones: sólo cuando exista una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o cuando sea estrictamente necesario para la defensa de un interés público superior, citándose concretos supuestos de ello. Pese a la detallada regulación de los derechos de información, debe destacarse negativamente que la Directiva no imponga con carácter obligatorio la entrega a los detenidos de la “Carta de Derechos” (documento escrito, normalizado, que contiene la relación de derechos de la que goza el detenido) como se había propuesto en proyectos anteriores y se había reclamado desde distintos ámbitos. Finalmente, la Directiva sólo recoge un modelo meramente indicativo para los Estados de lo que debiera ser esta Carta de Derechos, distinguiendo la información de derechos al detenido en general y la correspondiente al detenido en virtud de una ODE.

DECIMOCUARTA. La tercera Directiva aprobada en desarrollo del Plan de trabajo ha sido la 2013/48/UE, de 22 de octubre, reguladora del derecho a la asistencia letrada y de los derechos del detenido a comunicar con terceros y con las autoridades consulares, de aplicación a todos los Estados salvo Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. En cuanto al derecho a la asistencia letrada, partiendo de la regulación contenida en el artículo 6 CEDH y la jurisprudencia sobre el mismo emanada del TEDH, la Directiva precisa el momento a partir del cual se tiene derecho a recibir asesoramiento jurídico. Este aspecto resulta altamente positivo pues se clarifica, sin ambages, que antes de la primera declaración judicial o policial la persona sujeta a investigación penal debe poder entrevistarse reservadamente con su letrado, también durante la práctica de cualquier diligencia que requiera la presencia del sospechoso y en cualquier caso y sin demora injustificada, tras la detención, fijando con precisión los supuestos

excepcionales en que esta asistencia puede demorarse. Supone también un logro de la Directiva clarificar y precisar las concretas manifestaciones del derecho a la asistencia letrada: la entrevista privada y confidencial del letrado con su cliente; la efectiva intervención activa del letrado en los interrogatorios y en la práctica de otras diligencias que requieran la presencia del sospechoso, y la libre elección de letrado siendo de carácter excepcional –y ahora también tasado- los supuestos en que puede limitarse alguna de las manifestaciones de este derecho. Como novedad muy positiva y un avance en lo que eran los derechos del detenido en virtud de una ODE, se regulan ahora detalladamente el procedimiento de asistencia letrada a estos individuos, que es doble. De un lado en el Estado de emisión de la ODE y de otro, en el Estado de ejecución, debiendo coordinarse ambos Estados y ambos letrados. Como aspecto negativo, cabe destacar que la Directiva no haya establecido la irrenunciabilidad del derecho a la asistencia letrada o, al menos, no haya precisado en qué supuestos o para qué delitos puede admitirse, remitiendo para ello a los EEMM. Únicamente prevé las condiciones en que la renuncia –allí donde sea posible- debe realizarse para que sea válida. En todo caso, la renuncia efectuada puede ser revocada.

DECIMOQUINTA. Se ocupa también la última Directiva de los derechos del detenido a comunicar el hecho de la detención a un tercero y a comunicarse con ellos, así como a comunicar y recibir la visita de las autoridades consulares del Estado del que sea nacional. Estos derechos deben facilitarse sin demora, salvo razones excepcionales tasadas. Son derechos renunciabiles por el detenido, aunque la renuncia puede ser revocada en cualquier momento posterior. En cuanto al derecho a comunicar con las autoridades consulares, la Directiva contiene la regulación que ya en el ordenamiento internacional establece el Convenio de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, habiendo declarado el TIJ su naturaleza de derecho fundamental. Su violación supone no solo la infracción de los derechos de un Estado, sino también de los derechos del individuo en sí mismo considerado. Su reconocimiento y regulación en la Directiva supone que su desconocimiento, a partir de ahora, por un EEMM pueda también ser conocida por el TJUE. Lo que supone que podamos encontrarnos con jurisprudencia entrelazada proveniente de ambos Tribunales, sobre el alcance de este derecho. Existirá, en paralelo, una doble regulación. Habrá que determinar si en el ámbito de la UE la regulación de la Convención de Viena queda desplazada por la regulación ahora

efectuado por la Directiva. Sin embargo, no parece que sea así, pues en el plano más general internacional, además del individuo, quien sufre la lesión es el Estado del que sea nacional, siendo este, el Estado, quién está legitimado para reclamar por la lesión. En cambio, en el ámbito de la Unión se trata de un derecho fundamental del individuo, sin que se prevea legitimación alguna a favor del Estado del que sea nacional para reclamar frente al otro Estado. Ambas vías, pues, discurren en paralelo y no deberían generarse interferencias.

DECIMOSEXTA. El proceso de ejecución del Plan de trabajo de 2009 sigue adelante y en desarrollo del mismo, la Comisión presentó en noviembre de 2013 un nuevo paquete de medidas que incluía tres proyectos de Directiva y dos Recomendaciones. Destacan, por su importancia, las medidas legislativas tendentes a reforzar determinados aspectos del derecho a la presunción de inocencia. En concreto, el derecho a no ser presentado públicamente como culpable antes de la condena por resolución firme, la atribución de la carga de la prueba a la acusación, el derecho a no autoinculparse y el derecho a guardar silencio. Todos estos derechos ya han sido proclamados y se derivan de la jurisprudencia del TEDH, ajustándose la regulación propuesta en la Directiva a la misma, si bien, resulta criticable -así lo ha hecho el Parlamento europeo- que se asuma y se recoja, como norma, la posibilidad de inversión de la carga de la prueba en determinados supuestos. Estas excepciones en la carga de la prueba tienen su fundamento en una doctrina muy concreta del TEDH. El hecho de que estas excepciones se recojan en el texto de la Directiva supone su consagración ante una eventual modificación de la jurisprudencia, pudiendo darse el caso de que el Derecho de la UE –plasmado en la Directiva- ofreciese un nivel de protección inferior al CEDH, de cambiar tal jurisprudencia.

Por el contrario, la regulación propuesta del derecho a guardar silencio sí parece ir más allá del contenido que al mismo otorga la jurisprudencia del TEDH. Efectivamente, esta jurisprudencia admite que el Tribunal sentenciador pueda, en ocasiones, valorar negativamente el silencio del acusado cuando, en atención a las circunstancias, las pruebas de cargo de la acusación requieran una explicación que no es facilitada por el acusado, puede entonces de modo excepcional este silencio fundar,

junto a deducciones lógicas, la condena. Sin embargo, la propuesta de Directiva no contempla excepción alguna a los efectos que deben darse al derecho a guardar silencio que, en ningún caso, puede sustentar una condena. En este punto, si finalmente es aprobada la Directiva, la regulación de la Unión irá más allá ampliando el contenido del derecho a guardar silencio que se configuraría como un derecho absoluto y no relativo.

DECIMOSÉPTIMA. Un tema complejo para su regulación a nivel de toda la Unión es el relativo al derecho a estar presente en el propio juicio y la posibilidad de celebración de juicios y condenas en ausencia del acusado, lo que con carácter general es contrario al CEDH, aunque admite excepciones. También el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de que se trata de un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, previsto en el artículo 47 CDFUE, aunque no es un derecho absoluto pues el acusado, en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones, puede renunciar a estar presente en el juicio. Precisamente, en este punto se han producido divergencias entre España e Italia, al negarse la primera a extraditar a ciudadanos italianos condenados en Italia en su ausencia, entendiéndolo, en último término, el Tribunal Constitucional español que ello era contrario al artículo 24 CE. Con ocasión de la reforma de la ODE de 2009, el TC español planteó su primera cuestión prejudicial al TJUE. Básicamente se preguntaba sobre la posibilidad o no de denegar la ejecución de una ODE para el cumplimiento de una condena dictada en rebeldía aplicando la normativa propia, más garantista que aquélla por la que fue condenado. El TJUE declara que el Estado de ejecución no puede dejar de cumplir la ODE si la condena en rebeldía se ajustó a las reglas previstas en la propia ODE, y que ahora se traen al texto de la propuesta de Directiva. Tampoco el Estado de ejecución puede condicionar la entrega a que la condena sea revisada por un tribunal en el Estado de emisión, al margen de las disposiciones de la Directiva reguladora de la ODE.

Así, la STJUE de 26 de febrero de 2013, resolutoria de esta cuestión prejudicial, fija la doctrina que deben seguir las autoridades nacionales en relación con la protección de derechos fundamentales en supuestos en que la aplicación de normas nacionales pudiera afectar al principio de primacía del Derecho de la Unión –recordando que éste debe prevalecer-, en los siguientes términos: “...cuando un acto del Derecho de la

Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

DECIMOCTAVA. La propuesta de Directiva no se pronuncia, sobre la posibilidad o no de celebrar juicios en ausencia y en qué casos, remitiendo para su determinación a los Estados. Sin embargo, sí fija las condiciones para su válida celebración, caso de admitirse los mismos, y que se concretan, básicamente, en el conocimiento personal y directo, o indirecto, del lugar y fecha de la celebración del juicio y la debida representación y asistencia técnica. Incluso será válida la celebración del juicio en ausencia –allá donde se admita- si no se cumplieron los requisitos de citación si al serle notificada la sentencia, dejase transcurrir los plazos para recurrirla o expresamente manifestase su voluntad de no hacerlo. Hubiera sido conveniente un pronunciamiento de la Directiva sobre la admisión o no de estos juicios y en qué casos (menor gravedad o escaso interés público afectado, por lo general), para aumentar la confianza mutua entre autoridades de los distintos Estados y sus ordenamientos jurídicos, ya que en la UE coexisten ordenamientos en los que no se admite, en absoluto, la celebración de juicios en ausencia, junto a otros en los que se admite en bastantes supuestos.

DECIMONOVENA. Otra de las propuestas de Directiva presentada en 2013 se ocupa de derechos y garantías adicionales que asisten a los menores cuando están sujetos a un proceso penal como sospechosos o acusados. La Comisión, conocedora de la falta de consenso existente, solo ha presentado esta propuesta en relación con los menores pero no respecto de las personas vulnerables en general, como preveía el Plan de trabajo de 2009. La falta de consenso se extiende, incluso, a determinar quiénes son personas vulnerables, al margen de los menores. Se trata de normas particulares sobre los derechos de información, a la asistencia letrada (que aquí sí es irrenunciable) y a normas de procedimiento tendentes a garantizar la privacidad del menor y a agilizar estos procedimientos. La directiva fija qué debe entenderse por menor (la persona

menor de dieciocho años), lo que determinará la aplicación de estas normas. Sin embargo, no hay un pronunciamiento a nivel de la Unión sobre la edad a partir de la cual se es penalmente responsable. Sólo se determina hasta qué momento son aplicables estos derechos y garantías adicionales, pero no desde qué momento el menor puede quedar sujeto a un proceso penal, siendo, en este punto, muy diferentes las legislaciones de los EEMM. Aun cuando no es una cuestión estrictamente procesal, sí debiera ser objeto también de armonización en la Unión para aumentar la confianza mutua. La falta de consenso existente sobre los derechos y garantías de otras personas (mayores de edad) vulnerables sospechosas o acusadas, y la consecuente falta de propuesta legislativa al respecto, ha intentado ser suplida por la Comisión mediante el dictado de una Recomendación dirigida a los EEMM sobre cómo deben ser tratadas estas personas ante los Tribunales. La Recomendación, por su naturaleza, carece de efectos vinculantes para los Estados. Conforme a los principios inspiradores del Plan, ante la falta de consenso en este punto, se ha aparcado su regulación, continuando solo respecto de los menores.

VIGÉSIMA. En este sentido, también la última de las Directivas propuestas, la reguladora del Derecho a la asistencia jurídica, adolece de la falta del necesario consenso para una regulación completa del derecho, pues solo se ha conseguido llevar al texto la propuesta para regular este derecho de forma provisional, entendiendo por tal el derecho que se dispensa de forma inmediata a la persona que ha sido detenida o, de otro modo, está privada de libertad, incluidos los supuestos de detención en virtud de la ejecución de una ODE, tanto en el Estado de ejecución, como en el de emisión. Queda, sin embargo, sin regulación a nivel de toda la Unión el derecho a la asistencia jurídica gratuita de sospechosos o acusados no privados de libertad, rigiéndose, en estos casos, por las respectivas legislaciones nacionales. El derecho provisional se extiende hasta que recaiga una resolución reconociendo o denegando tal derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, no se regula qué ocurre cuando el derecho no es reconocido y el detenido no designa nuevo letrado, sobre todo en aquellos supuestos –Estados y/o delitos- en los que la asistencia letrada es irrenunciable. Para suplir la falta de regulación del derecho a las personas no detenidas, la Comisión ha dictado una Recomendación dirigida a todos los EEMM sobre como debieran proceder en este ámbito.

VIGESIMOPRIMERA. Además de los derechos y garantías procesales regulados o, en trámite de ello, en desarrollo del Plan de trabajo de 2009, en el ordenamiento de la Unión existen otros instrumentos normativos que recogen y regulan determinados derechos y garantías procesales, en particular en la normativa reguladora de la ODE. Pese a la escasa regulación en esta materia, sí contiene referencias a los derechos a la información, a la asistencia letrada y a la interpretación, derechos que deben ser, ahora, interpretados y aplicados conforme a las disposiciones de las nuevas Directivas aprobadas. También, tras la reforma de 2009, en la ODE existen garantías para las entregas de condenados en ausencia, en los mismos términos que el proyecto de Directiva antes indicado recoge, con carácter general, para todo acusado. Existen, además, otros derechos y garantías de carácter más general, que por ello, y precisamente por su falta de concreción, actúan más como principios inspiradores o meras intenciones, que como verdaderos derechos subjetivos y garantías a los mismos. Así ocurre con la cláusula general de sumisión a los principios de la Unión o la posibilidad de suspensión de la ejecución de la ODE cuando exista un riesgo claro de violación grave por el Estado de emisión de los valores fundamentales comunes a la UE.

La Directiva reguladora de la Orden Europea de Investigación recoge, como derecho del sospechoso o acusado, la posibilidad de solicitar la emisión de esta Orden para la obtención de pruebas en su defensa, en lo que constituye una manifestación del más general derecho de defensa, para proponer y practicar aquellas pruebas que considere útiles para su defensa. Igualmente esta Directiva, con carácter general, prevé la posibilidad de denegar la ejecución de una OEI cuando la medida de investigación sea incompatible con los valores fundamentales de la Unión y con la CDFUE.

Por último, y aun cuando todavía no está aprobado, el proyecto de Reglamento para la creación de una Fiscalía europea para la lucha contra la delincuencia frente a los intereses financieros de la UE, recoge también los derechos y garantías procesales que, como mínimo, tendrá todo sospechoso objeto de investigación por la Fiscalía, con la extensión que, en cada caso, fijen las distintas normas europeas ya aprobadas, sin que

esta propuesta aporte o añada contenido alguno adicional al que viene ya fijado por las Directivas aprobadas o en fase de negociación.

VIGESIMOSEGUNDA. Pese a las declaraciones triunfalistas de la Comisión saliente (2009-2014), el desarrollo del Plan de trabajo no puede calificarse, al menos aún, de éxito. De siete medidas sólo han sido desarrolladas tres –al menos por el momento- encontrándose en tramitación otros tres proyectos de Directivas, desconociéndose finalmente si verán la luz y con qué extensión. Se corre el riesgo del cierre en falso de los trabajos en desarrollo y regulación de los derechos y garantías procesales contenidos en el Plan de 2009 pudiendo, incluso, no aprobarse las Directivas aún en trámite. Ocurre, que la nueva Comisión (elegida en 2015) no recoge, entre sus prioridades inmediatas, nuevas medidas en el campo de los derechos y garantías procesales, centrando sus trabajos en materias como el impulso económico, el empleo y la inversión. Entre las prioridades manifestadas por la nueva Comisión que puedan tener incidencia en este campo, únicamente se encuentra la de impulsar las negociaciones para la adhesión de la UE al CEDH.

VIGESIMOTERCERA. No obstante, el desarrollo del Plan de trabajo de 2009 producido hasta la fecha, también arroja aspectos muy positivos. Así, las tres Directivas ya aprobadas constituyen un avance en materia de derechos y garantías procesales, lo que supone un éxito, pues todo avance en materia de derechos fundamentales lo es. Deben destacarse los concretos avances en derechos tan importantes como el derecho a la asistencia letrada, reconociéndose expresamente su disfrute antes de la investigación judicial y durante la fase de investigación policial, algo que hasta ahora no era facilitado por todos los Estados; o el acceso a determinados materiales del expediente por el letrado, aun cuando esté declarado el secreto de las actuaciones, para poder impugnar el hecho de la detención; o la regulación de los derechos del condenado en un juicio celebrado en su ausencia a fin de posibilitar la revisión de la condena. En otros casos, sin que se haya producido una mayor extensión del derecho sobre el contenido mínimo del que se partía, lo positivo ha sido la regulación y clarificación de las condiciones en que esos derechos y garantías deben ser proporcionados u observados por los Estados, como ocurre, en general, con los derechos a la traducción e interpretación, o los

derechos a la asistencia consular de los detenidos, proporcionando la deseada seguridad jurídica que faltaba en estas áreas.

Junto a este logro inmediato, con el concreto avance en derechos y garantías procesales, la aprobación de las tres Directivas también tiene consecuencias favorables en el aumento de confianza entre las autoridades de los distintos Estados. Con ello se avanza hacia la consagración del principio de confianza mutua como eje de la cooperación judicial penal, coadyuvando, a su vez, al gran objetivo político de conseguir un verdadero ELSJ. En la medida en que ciertos derechos y garantías sean respetados en un Estado como en el Estado propio, este Estado confiará más en el otro y tratará aquellas resoluciones judiciales como las propias, con efectos equivalentes. El acercamiento entre los distintos ordenamientos procesales en cuestiones tan importantes como el alcance del derecho a la asistencia letrada o las garantías de los acusados en un juicio celebrado en su ausencia, necesariamente aumentan esta confianza.

VIGESIMOCUARTA. La propia aprobación del Plan de 2009 fue ya un éxito en sí mismo, pues suponía reconocer por la totalidad de los Estados la necesidad de regulación de estos derechos por la UE. Para ello fue decisivo el nuevo marco normativo e institucional diseñado por el Tratado de Lisboa. A nivel institucional debe destacarse el papel de la Comisión en tanto que impulsora de los distintos proyectos, como del Parlamento –colegislador junto con el Consejo-. Ambas instituciones siempre se han mostrado decididas a avanzar en el desarrollo y regulación unitaria en todo el territorio de la Unión de un mismo catálogo de derechos y garantías procesales penales, con igual extensión en todos los Estados, yendo más allá del “contenido mínimo” que en su regulación supone el CEDH, interpretado según la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, los Estados, recelosos de ceder soberanía y perder el control sobre aspectos tan sensibles como el derecho a la asistencia letrada o su gratuidad o el alcance del derecho a la presunción de inocencia, frenan -integrados en el Consejo y en su papel de colegislador- los mayores desarrollos pretendidos por Comisión y Parlamento.

También tras el Tratado de Lisboa, las necesarias unanimidad en el Consejo y mayoría en el Parlamento para la aprobación de normas sobre derechos y garantías

procesales obligan a continuas negociaciones y concesiones por los distintos agentes implicados en el proceso legislador. Esto que siendo positivo, pues permite que las disposiciones que finalmente ven la luz vengán precedidas del deseado consenso, en la práctica ha supuesto una desnaturalización en exceso de la regulación inicialmente pretendida de ciertos derechos, de modo tal que no se ha conseguido un instrumento normativo con cotas mayores en la regulación del derecho o garantía pretendido, del que ya venía dibujado por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Esto hace dudar de la eficacia práctica de estas regulaciones desde el punto de vista del ciudadano, suficientemente ya protegido tanto por el CEDH y otros instrumentos internacionales como, a nivel interno, por las distintas Constituciones.

En estos casos, en lugar de desecharse la idea y quedar ante la opinión pública como un fracaso por la falta de acuerdo o voluntad de los Estados, se ha publicado el texto normativo, o se sigue trabajando en el proyecto en cuestión para aprobar finalmente un texto meramente retórico y que poco aporta a los derechos y garantías procesales, con continuas llamadas al reenvío para que sean los Estados los que determinen el contenido y condiciones de ejercicio del derecho en cuestión. Así ocurre con el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso penal, en el que la regulación a nivel de la UE consiste en un llamamiento a los EEMM para que garanticen este derecho; también en relación a las medidas de apoyo a dispensar en el proceso penal a las personas sospechosas o acusadas especialmente vulnerables, en las que –al margen de los menores de edad- ni siquiera ha sido posible determinar quiénes son estas personas y qué medidas mínimas han de observarse, habiendo optado la Comisión, finalmente por el dictado de una Recomendación; lo mismo ha ocurrido con la imposibilidad de un pronunciamiento general sobre la admisión o no y en su caso en que supuestos, de los juicios celebrados en ausencia del acusado.

VIGESIMOQUINTA. Estos impedimentos a la hora de avanzar en los derechos y garantías procesales son motivados por las posturas soberanistas de los Estados que, pese a la cesión de parte de sus competencias a la UE, retienen o mantienen otras especialmente sensibles. Incluso habiéndolas cedido formalmente, en la práctica siguen proclamando tener, en última instancia, el poder de decisión sobre aquellas

competencias cedidas. El principio de atribución de competencias que rige el reparto de ellas entre la Unión y los Estados no se respeta por estos últimos, aunque desde algunos sectores se defiende que al ser los Estados los que tienen la competencia para determinar el alcance de sus propias competencias, la soberanía siga en sus manos, no estando ni repartida entre éstos y la Unión, ni suspendida. En el fondo, continúan existiendo problemas de desconfianza mutua entre los distintos EEMM.

VIGESIMOSEXTA. Falta una verdadera voluntad política de avanzar en el campo de los derechos y garantías procesales a nivel de toda la Unión al margen de las injerencias de los Estados. Pese a las declaraciones de los Estados, integrados en las instituciones que los representan, sobre la necesidad de avanzar en estos derechos, lo cierto es que, después, por sus posturas intransigentes o celosas de su soberanía, adoptan comportamientos que parecen ir en contra de lo declarado solemnemente en los grandes programas. Para evitar esto y conseguir que los Estados fuesen creíbles en estas políticas en las que se pretende que el ciudadano sea el centro de toda regulación, debería redefinirse la política de la UE y sobre todo, de los EEMM en esta materia. Un verdadero avance que coadyuve de modo decisivo en la consecución del espacio único de justicia perseguido, dentro del ELSJ pretendido (art. 3 TUE), pasa por la adopción de las siguientes medidas:

1. Debe establecerse un sistema homogéneo de derechos y garantías. No es posible la construcción de un sistema coherente, si la regulación que se lleva a cabo es excesivamente fragmentada, regulando de forma separada, los distintos elementos esenciales y definitorios de un derecho o garantía o, incluso, quedando aspectos esenciales sin regular. Así, difícilmente se alcanzará una verdadera regulación del derecho a la asistencia letrada si, a la vez, no se regula la gratuidad de este derecho para quien no pueda costearse los gastos de esta asistencia.

2. Debe ampliarse la competencia a favor de la UE, para que se extienda no solo a la regulación de “normas mínimas”. Debe ser una competencia más amplia, que abarque, en general y con la amplitud necesaria, todos los aspectos del derecho fundamental en cuestión. Ello, en último término, podría suponer incluso un

replanteamiento de la naturaleza de la competencia, que dejarse de ser compartida, para ser exclusiva de la Unión.

3. El instrumento normativo para la regulación de esta materia debiera ser el reglamento para suprimir así los márgenes de actuación indeseados de que pudieran hacer uso los Estados protegiendo sus propios intereses y frenando el avance común. Por otra parte, el reglamento no resulta extraño a la cooperación judicial penal, al ser el instrumento previsto para la regulación de *Eurojust* o para la creación de la Fiscalía Europea.

4. Deben limitarse las posibilidades de descuelgue (*opt in, opt out*) de que gozan algunos Estados y las de bloqueo de cualquiera de ellos en estas materias en el seno del Consejo. Estas posibilidades, además, abren la puerta, vía mecanismo de las cooperaciones reforzadas, a la posible existencia de diversos subsistemas paralelos, en los que los Estados, en multitud de combinaciones posibles entre ellos pueden quedar integrados. Esta fragmentación en múltiples posibles escenarios por cada derecho o garantía y por cada Estado, arroja un sistema complejo, difícil de manejar, con una excesiva fragmentación jurídica, de modo tal que su propia dificultad puede hacerlo fracasar, pues resultará muy difícil aumentar la confianza mutua si un operador jurídico desconoce de qué derechos y con qué extensión goza un ciudadano en otro Estado. No se consigue un único espacio de justicia penal, sino múltiples, más reducidos y con distintas velocidades en esta materia. Sin espacio único de justicia penal, no habrá tampoco un verdadero ELSJ único, en toda la Unión.

VIGESIMOSÉPTIMA. La confianza mutua pasa por la elaboración a nivel de toda la Unión de un único estatuto jurídico del sospechoso o acusado, que recoja la totalidad o gran mayoría de los derechos y garantías procesales de que gozará cualquier ciudadano en un proceso penal o sujeto a la ejecución de una ODE u otro instrumento de extradición. Debe avanzarse en la idea de la confianza mutua en los distintos sistemas procesales de los Estados pues, aun siendo diferentes, son sistemas lógicos, homogéneos, basados en unos mismos principios y en una base jurídica común. Es precisamente en este punto, en la confianza en los distintos sistemas procesales, donde

la armonización de los derechos y garantías procesales se configura como un elemento indispensable. Las autoridades de un Estado –de ejecución- no confiarán en las autoridades de otro Estado –de emisión- si sus resoluciones judiciales no respetan unos mismos derechos fundamentales y garantías procesales de modo semejante a como se hace en el propio Estado de ejecución.

Cabría, incluso, pensar en el diseño de un proceso penal modelo, que aun dejando cierto margen a los Estados, perfilase aún más los contornos de los procesos penales en la Unión, armonizando aspectos del mismo e incluso llegando, en otros, a la unificación. Mientras ello no ocurra, los riesgos de que los Estados puedan aplicar de manera distinta las normas sobre derechos y garantías procesales determinarán que la confianza mutua entre los Estados no sea lo suficientemente sólida para la eficaz cooperación judicial penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Manual de Amnistía Internacional Juicios Justos* 2ª ed. Amnistía Internacional, <ammesty.org> 2014.
- AAVV., *Políticas comunitarias. Bases jurídicas* (Coords. CALONGE VELÁZQUEZ, A., y MARTÍN DE LA GUARDIA, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- AAVV., *Políticas de la Unión Europea*, 5ª ed., (Coord. LINDE PANIAGUA, E.), Colex, Madrid, 2008.
- AAVV., *La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa* (Coords. ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., y CRESPO BARQUERO, P.), Instituto de Derecho Penal europeo e internacional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “TJCE – Sentencia de 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03 – Medio Ambiente, Derecho Penal y Europa”, *RDCE*, núm. 26, enero/abril 2007, pp. 171-183.
- “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, *RDCE*, núm. 30, mayo/agosto 2008, pp. 349-380.
- AGUDO ZAMORA, M., “La protección de los Derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *REDCE*, núm. 4, julio/diciembre 2005, pp. 373-427.
- AGUDO ZAMORA, M., y MILIONE FUGALI, C., “El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 23, 2009, pp. 189-221.
- ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *REEI*, núm. 15, 2008.
- ALONSO MOREDA, N., “Eurojust, a la vanguardia de la Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 41, enero/abril, 2012, pp. 119-157.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos *inter se* en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?”, *La Ley Unión Europea*, octubre, 2013, pp. 5-28.
- “Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial”, en *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, (Dir. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., y MENÉNDEZ REXACH E.), CGPJ y Universidad Carlos III, Madrid, 2011, pp. 189-214.
- “El Tratado de Lisboa y la alargada sombra de los Estados” *REDUE*, núm. 18, 2010, pp. 55-73.

- “Gobernando la UE: la reforma de las instituciones en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en AAVV, *La constitucionalización del proceso de integración europea*. Colección Escuela Diplomática, núm. 9, Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 2005, pp. 195-210

- ARANDA ÁLVAREZ, E., “La Alerta Temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española”, *RDCE*, núm. 44, enero/abril 2013, pp. 101-153.

- ARANGÜENA FANEGO, C., “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y transposición de la Directiva 2011/99/UE)”, *RDCE*, núm. 51, mayo/agosto 2015, pp. 491-535.

- “El Derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010”, *RGDE*, núm. 24, 2011, edición digital.

- “Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal”, en AAVV, *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Comares, Granada, 2011, pp. 269-301.

- “La armonización de las garantías procesales de los sospechosos e imputados en los procesos penales en la Unión Europea: un fallido intento en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia” En AAVV, *Rigor Doctrinal y Práctica Forense, Liber Amicorum José Luis Vázquez Sotelo*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 109-136.

- ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *RPJ*, núm. 58, 2000, pp. 261-297.

- AMODIO, E., *Processo penale diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003.

- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, en AAVV, *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continua, CGPJ, ed. digital, Madrid, 2004.

- BANACLOCHE PALAO, J., y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*, La Ley Madrid, 2010.

- BAÑO LEÓN, J., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, *REDC*, núm. 24, 1988.

- BARBE, E., *L’espace judiciaire européen*, La documentation française, Paris, 2007.

- BURGOS LADRON DE GUEVARA, J., “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, *Diario La Ley* núm. 7548, enero 2011, ed. digital, LA LEY 14835/2010.

- BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “El derecho fundamental a un proceso justo”. *Proceso y Justicia*. Pontificia Universidad Católica del Perú, ed. digital del Instituto Solidaridad y Derechos Humanos, Lima, 2000.

- CABRERA MERCADO, R., “Protección judicial de los derechos fundamentales”, *Humana Iura: suplemento de derechos humanos*, núm. 4, 1994, pp. 11-40.
- CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., “Conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem* internacional. ¿Desconfianza mutua entre Estados?”, *RPJ*, núm. 86, 2007, pp. 117-165.
- CARRERA, S., y GEYER, F., “El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 29, Madrid, enero/abril 2008, pp. 133-162.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *REEI*, núm. 14, 2007.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Diario La Ley* núm. 6159 de 2004, edición digital ref. LA LEY 2785/2004.
- CHICHARRO LÁZARO, A., “La constitucionalización del proceso de integración europea: del principio funcionalista a las listas de competencias comunitarias” en AAVV *La constitucionalización del proceso de integración europea*. Colección Escuela Diplomática, núm. 9, Imprenta Nacional del *BOE*, Madrid, 2005, pp. 195-210.
- CORDON MORENO, F., *Las garantías constitucionales del Proceso Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CORTÉS MARTÍN J.M., “Adhesión al convenio europeo de derechos humanos y salvaguarda de la autonomía del Derecho de la Unión”, *RAUE*, núm. 5/2014, ed. digital.
- “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”, *RDCE*, núm. 46, 2013, pp. 935-971.
 - “El Tratado de Lisboa y las regiones”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 86, 2009, pp. 261-279
- CALDERÓN CUADRADO, M. P., e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., (Coords.) *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, 2009.
- DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M., “El contencioso de la Unión Europea. El Control de la legalidad en la Unión Europea” en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo V, Sistema Jurisdiccional de la UE*, (Dir. BENEYTO, PÉREZ, J.M., coords. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B.), CEU, IUEE, Universidad San Pablo y Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 321-426.
- “El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)”, *REEI*, núm. 17, 2009.
 - “La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 59, 2001, pp. 237-264.

- “El Tribunal de Justicia en los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam una visión comparativa” en *Reflexiones en torno al Tratado de Ámsterdam y el futuro de la Unión Europea* (coord. DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M.), Comares, 2000, pp. 159-200.
- DE HOYOS SANCHO, M. “Acerca de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la Unión Europea: especial consideración de los grupos vulnerables”, *RADPP*, núm. 18/2007.
- “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?”, *RDCE*, núm. 22, septiembre/diciembre 2005, pp. 807-842.
 - “Eficacia transnacional del *non bis in idem* y denegación de la euroorden”, *Diario La Ley* núm. 6330, 30 sep. 2005, edición digital ref. LA LEY 4768/2005.
- DE JORGE MESAS, L.F., “La cooperación judicial penal en la Unión Europea: aproximación a una teoría general del reconocimiento mutuo”, *RAUE*, núm. 4/2015, ed. digital.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., y BLANCO CORDERO, I., *Menores infractores y sistema penal*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2010.
- DE LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, P. “El intérprete judicial: ese interlocutor emocional entre el acusado y el juez”, *Diario La Ley* núm. 7368, de 24 de marzo de 2010, edición digital, ref. LA LEY 1681/2010.
- DE PONCINS, É., *Le traité de Lisbonne en 27 clés*, Lignes de Repères, Millau, 2011.
- DE PRADA RODRÍGUEZ, M., y ZÁRATE CONDE, A., “El Fiscal europeo: una aproximación a un gran desafío”, *Diario la Ley* núm. 8543, de 20 de mayo de 2015.
- DELMAS-MARTY M., “El proceso penal en Europa: perspectivas”, (traducción de MORENILLA ALLARD, M.), *RPJ* núm. 37, 1995, Edición digital, pp. 79-91.
- DELMAS-MARTY M. y VERVAELE, J.A.E, (edición a cargo de BACIGALUPO, E., SILVA CASTAÑO, M.L.) *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: Un modelo para la protección de bienes jurídicos comunitarios*, Dykinson, Madrid, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E., “El caso Darkazanli (Acerca de la declaración de nulidad por el Bundesverfassungsgericht de la norma de transposición de la Orden de Detención Europea)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pp. 1305-1310.
- “Del ‘Derecho penal liberal’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 14, 2004, pp. 87-116.
- DI STASI, A., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Cedam, Padua, 2014.
- DONAIRE VILLA, J. F., “El espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada” *REDE*, núm. 35, 2010, pp. 337-364.

- ESTUPIÑAN SILVA, R., “*Corpus Iuris: reflexiones en torno a la posible armonización del derecho penal en Europa*”, *Revista electrónica Derecho Penal Online* <www.derechopenalonline.com>, 2011.
- FAGGIANI, V., “¿Hacia la ‘constitucionalización’ de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa”, *Estudios de Deusto*, Vol. 60/2, julio-diciembre 2012, pp. 239-262.
- FERNÁNDEZ ALLES, J.J. “El parlamentarismo español ante el sistema de alerta temprana sobre el principio de subsidiariedad: a propósito de la V Conferencia sobre Subsidiariedad (2011)”, *RGDC*, núm. 11, 2011, pp. 1-29.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española de 1978: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Civitas, Pamplona, 2006.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Garantías constitucionales del proceso penal”, *RCEC*, núm. 6, mayo/agosto, 1990, pp. 57-107.
- FERNANDEZ SANCHEZ, P.A., “La soberanía poliédrica” en AAVV, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. I, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.
- FIX ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1982.
- FONSECA MORILLO, F.J., y MARTIN BURGOS, J.A., “La Unión Europea: Génesis de Maastricht”, *RIE*, núm. 19, 1992.
- FREIXES SANJUÁN, T., “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: La Constitución de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *REDCE*, núm. 4, julio/diciembre 2005, pp. 43-86.
- GARCÍA RIVAS, N., “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa” en *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo* (Dir. Díez-Picazo L.M., y Nieto Martín, A.), Civitas, Pamplona, 2010.
- GARRAUD, R. “Presentation du Code d’instruction criminelle” en “*Traité d’instruction criminelle et de procédure pénale*”, Paris, 1927, <http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm>.
- GARRIDO CARRILLO, F. J., y FAGGIANI V., “El Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en el proceso penal y el programa de Estocolmo: Hacia una Europa de la Ley y de los Derechos Fundamentales en el ELSJ”, comunicación presentada en el *Congreso sobre la Convergencia entre los procesos civil y penal, ¿Una buena dirección? Análisis comparado*, Girona, enero de 2012, <www.caepj.udg.edu> p. 11.
- GASTÓN INCHAUSTI, F., “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo” *REDE*, núm. 23, 2007, pp. 371-417.

- GIMENO SENDRA., V. “La reforma de la LECRIM y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal” *RPJ*, núm. 19, 2006, especial: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- GINDRE, E., *L’emergence d’un droit pénal de l’Union européenne*. Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, Paris, 2009.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes” en *AAVV Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002.
- “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, *RPJ*, núm. 64, 2001, pp. 205-245.
- GÓMEZ ROBLEDO, J.J., “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, Organización de las Naciones Unidas, 2009, <www.un.org/law/avl>.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un derecho penal europeo?, en *AAVV Derecho Penal y política transnacional* (Coords. BACIGALUPO SAGGESE, S., y CANCIO MELIÁ, M.), Atelier, Madrid, 2005, pp. 152-208.
- GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., “Espacio de seguridad, libertad y justicia” en *Derecho de la Unión Europea* (coord. SÁNCHEZ, V.M.), Huygens, Barcelona, 2010, pp. 257-264.
- “El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, *Ámbitos: revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, núm. 12, 2004 (Ejemplar dedicado a: La construcción de Europa: pasado, presente y futuro), pp. 73-82.
- GUZMÁN ZAPATER, M., “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *RGDE*, núm. 21, 2010, edición digital.
- “La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía”, en *REDUE*, núms. 27 y 28 julio-diciembre 2014, enero-junio 2015, pp. 259-280.
- HILLGRUBER, C., “Soberanía – La defensa de un concepto jurídico”, (traducción de AGUILERA RULL, A.), *InDret*, núm. 1/2009.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar”, *RDCE*, núm. 35, enero/abril 2010, pp. 169-192.
- IRURZUN MONTERO, F., “La negociación de la Decisión marco sobre garantías procesales en el Consejo de la UE”, en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea* AAVV (Coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Lex Nova, Valladolid, 2005.
- JACQUÉ, J.P., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 6ª ed., Dalloz, París, 2010.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?, en *AAVV, Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, (Coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Comares, Granada, 2011, pp. 175-203.

- “El extranjero como sospechoso y víctima en el espacio judicial europeo”, en *Inmigración e integración: aspectos sociales y legales* (Coord. SALINAS DE FRIAS, A.), Sequitur, Madrid, 2008.
 - “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega”, <www.uma.es/investigadores>, 2006.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “La ciudadanía europea: una cuestión abierta”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 357-372.
- “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa” en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* (Coords. BADÍA MARTÍ, A.M., y PIGRAU I SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A.), Vol. II, Marcial Pons, 2009, pp. 1053-1077.
- LIROLA DELGADO, I., “La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿Un posible proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, *RGDE*, núm. 16, 2008, pp. 1-25.
- LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XX, 2004, pp. 173-240.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., “El legislador europeo en materia de seguridad y justicia tras el tratado de Lisboa: avances hacia la cooperación judicial penal en la UE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013.
- LOPEZ ESCUDERO, M., “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, (coord. MANGAS MARTÍN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N.), Fundación BBVA, 2008, pp. 739-758.
- “Presunción de inocencia y derechos de la defensa”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, (coord. MANGAS MARTÍN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N.), Fundación BBVA, 2008, pp. 759-776.
- LOPEZ JARA, M., “La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal”, *Diario La Ley* núm. 8540, de 15 de mayo de 2015.
- MAIER, J. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MANGAS MARTÍN, A., “Un Tratado no tan simple: El realismo mágico del funcionalismo”, *RDCE* núm. 30, mayo/agosto 2008, pp. 335-348.
 - “El control del principio de subsidiariedad”, en AAVV, *La constitucionalización del proceso de integración europea*. Colección Escuela Diplomática, núm. 9, Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 2005, pp. 53-79.

- “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado constitucional de la Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 57, 2005.
- MANGAS MARTÍN, A, y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2014.
- MARÍN AÍS, J.R., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento jurídico de la UE”, *RDCE*, núm. 44, enero/abril 2013, pp. 233-276.
- MARTÍ MARTÍ, X., “La actividad consular de España en el extranjero”, *REEI*, núm. 21, junio 2011.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *RDCE*, núm. 39, mayo/agosto, 2011, pp. 407-442.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Seguridad y acción exterior de la Unión Europea: La creciente relevancia de la dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 0, 2012, pp. 133-152.
- “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa”, *REAF*, núm. 13, abril 2011, pp. 97-145.
 - “Derecho a la libertad y a la seguridad”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, (coord. MANGAS MARTÍN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N.), Fundación BBVA, 2008, pp. 195-208.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.) *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y RRII, *Iustel*, 2008.
- MELANDER, S., “Ultima Ratio in European Criminal Law”, en *Ultima Ratio, a principle at risk. European Perspectives Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, núm. 1, 2013, pp. 42-61, <<http://opo.iisj.net>>.
- MILLÁN MORO, L., “El ordenamiento jurídico en el Tratado de Lisboa” en *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González* (coord. AZNAR GÓMEZ, M.J., y CARDONA LLORENS, J.), Vol. II, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1671-1696.
- “El principio de efecto directo: evolución según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea, Tomo IV Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea* (Dir. BENEYTO, PÉREZ, J.M., coords. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B.), CEU, IUEE, Universidad San Pablo y Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 487-564.
 - “La aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por las instituciones de la Unión Europea”, en *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo*

Colomer, (Dir. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., y MENÉNDEZ REXACH E.), CGPJ y Universidad Carlos III, Madrid, 2011, pp. 85-109.

- “El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *RDCE*, núm. 36, 2010, pp. 401-438.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 18ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento. Perspectivas alemana y española*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., “Sesenta años del Consejo de Europa”, *RDCE*, núm. 33, mayo/agosto 2009, pp. 441-449.

PÉREZ BERNÁRDEZ C., “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus sinergias con el Consejo de Europa”, *RDCE*, núm. 51, mayo/agosto, pp. 573-610.

PÉREZ VAQUERO, C., “La justicia juvenil en el derecho europeo”, *Derecho y Cambio social*, <www.derechoycambio social.com>, julio 2014.

PICÓ I JUNOY J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2012.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PRADEL, J. “Vías para la creación de un espacio judicial europeo” (Traducción de RICHART, A.), *Revista Penal Universidad de Huelva*, núm. 3, 1999.

PRADEL, J., y CORSTENS, G., *Droit pénal européen*, 2ª ed. Dalloz, Paris, 2002.

REVENGA SANCHEZ, M., “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio), *REDE*, núm. 41, ed. digital.

ROLDÁN BARBERO, F.J., “La Unión Europea y la soberanía de España” *REDCE*, núm. 12, julio, diciembre 2009, pp. 239-282.

SALINAS ALCEGA, S., “Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 -*Stefano Melloni* y Ministerio Fiscal- (As. C-399/11)”, *RAUE*, núm. 2, 2014, edición digital.

SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., “La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega” *Revista Penal*, núm. 24-2009, Universidad de Huelva, pp. 151-176.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”, *REEI*, núm. 14, 2007.

- SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, *REEL*, núm. 10, 2005.
- SERRANO MASIP, M., “Fractura en la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Sala Segunda, de 18 de julio de 2005, acerca de la Ley sobre la Orden de Detención Europea”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 4/2006 (edición digital).
- SPRONKEN T., VERMEULEN, VOCHT D. PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Comisión Europea, 2009.
- TAUPIAC-NOUVEL, G., *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*. Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2011.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, *RDCE*, enero/abril 2005, pp. 21-45.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el Caso *Lagrand*” en *REEL*, núm. 6, junio 2003.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F., “Garantías procesales en la orden de detención europea” en *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, JIMENO BULNES, M. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- VARMBaum, M. “El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo”, *Revista Penal Universidad de Huelva*, núm. 19, 2007.
- VÁZQUEZ GÓMEZ, E., en *Curso de Derecho de la Unión Europea* (Coord. FERNÁNDEZ ALCAIDE, J., y CASADO RAIGÓN, R.), Tecnos, Madrid, 2011.
- VEGAS TORRES, J. “Constitución europea, Justicia y derechos fundamentales relativos a la Justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 4, 2º semestre, 2004.
- VERVAELE, J.A.E., “El Ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho procesal penal europeo”, en AAVV, *Sistemas penales europeos*, CGPJ, Madrid, 2002.
- VON BOGDANDY, A., “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales” (Traducción de SERNA DE LA GARZA, J.M.), *RGDE*, núm. 22, 2010, edición digital.
- WALDHOFF, C., “¿Puede ordenar la Unión Europea a los Estados que utilicen el Derecho penal para dotar de eficacia a determinadas normas administrativas? Las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa y los límites constitucionales que encuentran en Alemania”, *REDA*, núm. 155/2012, ed. digital.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

Tribunal Internacional de Justicia

- STIJ de 27 de junio de 2001, asunto LaGrand (Alemania c. EEUU), <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>
- STIJ de 31 de marzo de 2004, asunto Avena (México c. EEUU), <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Todas las sentencias del Tribunal disponibles en la página web oficial <http://hudoc.echr.coe.int/>. Además, las sentencias dictadas en asuntos en los que España ha sido parte, así como otras consideradas relevantes, se encuentran disponibles en español, en www.mjusticia.gob.es.

- STEDH de 28 de noviembre de 1978 (asunto *Luedicke, Belkacem y Koç* c. Alemania).
- STEDH de 30 de septiembre de 1985 (asunto *Can* c. Austria).
- STEDH de 25 de agosto de 1993 (asunto *Sekanina* c. Austria).
- STEDH de 24 de noviembre de 1993 (asunto *Imbrioscia* c. Suiza).
- STEDH de 10 de febrero de 1995 (asunto *Allent de Ribemont* c. Francia).
- STEDH de 8 de febrero de 1996 asunto *John Murray* c. Reino Unido).
- STEDH de 10 de junio de 1996 (asunto *Pullar* c. Reino Unido).
- STEDH de 17 de diciembre de 1996 (asunto *Saunders* c. Reino Unido).
- STEDH de 18 de marzo de 1997 (asunto *Foucher* c. Francia).

- STEDH de 25 de marzo de 1999 (asunto *Pelissier y Sassi* c. Francia).
- STEDH de 16 de diciembre de 1999 (asunto *T. y V.* c. Reino Unido).
- STEDH de 21 de marzo de 2000 (asunto *Rushiti* c. Austria).
- STEDH 10 de octubre de 2000 (asunto *Daktaras* c. Lituania).
- STEDH de 21 de diciembre de 2000 (asunto *McGuinness* c. Irlanda).
- STEDH de 31 de enero de 2001 (asunto *Lanz* c. Austria).
- STEDH de 3 de mayo de 2001 (asunto *J.B.* c. Suiza).
- STEDH de 26 de marzo de 2002 (asunto *Butkevičius* c. Lituania).
- STEDH de 11 de julio de 2002 (asunto *Göç* c. Turquía).
- STEDH de 24 de septiembre de 2002 (asunto *M.G.* c. Reino Unido).
- STEDH de 24 de septiembre de 2002 (asunto *Cuscani* c. Reino Unido).
- STEDH de 30 de junio de 2005 (asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS* c. Irlanda).
- STEDH de 22 de diciembre de 2005 (asunto *Ayç* y otros c. Turquía).
- STEDH de 11 de julio de 2006 (asunto *Jalloh* c. Alemania).
- STEDH de 10 de agosto de 2006 (asunto *Padalov* c. Bulgaria).
- STEDH de 18 de octubre de 2006 (asunto *Hermi* c. Italia).
- STEDH de 27 de marzo de 2007 (asunto *Talat Tunc* c. Turquía).
- STEDH de 13 de septiembre de 2007 (asunto *Moullet* c. Francia).
- STEDH de 8 de enero de 2008 (asunto *Boyle* c. Reino Unido).
- STEDH de 18 de noviembre de 2008 (asunto *Saluz* c. Turquía).
- STEDH de 11 de diciembre de 2008 (asunto *Panovits* c. Chipre).
- STEDH de 30 de junio de 2009 (asunto *Viorel Burzo* c. Rumania).
- STEDH de 14 de octubre de 2010 (asunto *Brusco* c. Francia).
- STEDH de 28 de junio de 2011 (asunto Lizaso Azconobieta c. España).
- STEDH de 5 de marzo de 2013 (asunto Varela Geis c. España).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas / de la Unión Europea

Todas las sentencias disponibles en la página web oficial del Tribunal de Justicia: <<http://curia.europa.eu/>>.

- STJCE de 21 de febrero de 1990 (asunto C-267/88 *Wuidart* y otros).
- STJCE de 13 de noviembre de 1990, C-331/88 *Dedesa* y otros).
- STJCE de 18 de junio de 1991 (asunto C-260/89, *ERT*)
- STJCE de 5 de octubre de 1994 (asunto 280/93 Alemania/Consejo).
- STJCE de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03 *María Pupino*).
- STJCE de 13 de septiembre de 2005 (asunto C-176/03 Comisión/Consejo).
- STJCE de 3 de mayo de 2007 (asunto C- 303/05 *Advocaten voor de Wereld*).
- STJCE, de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05 (*Ordre des barreaux francophones et germanophone*)).
- STJUE de 8 de julio de 2010 (Asunto C-343/09 *Afton Chemical*).
- STJUE de 8 de noviembre de 2010 (asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09. *Volker und Markus Schecke y Eifert*).
- STJUE de 16 de noviembre de 2010 (asunto C-261/09, *Gaetano Mantello*).
- STJUE de 6 de septiembre de 2012 (asunto C-619/10 *Trade Agency Ltd*).
- STJUE de 23 de octubre de 2012, (asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10 *Nelson* y otros).
- STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11) párr. 49.
- STJUE de 16 de febrero de 2013 (asunto 399/11).
- STJUE de 22 de enero de 2013 (asunto C-283/11 *Sky Österreich*),
- STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, *Melloni*).

- STJUE de 7 de mayo de 2013 (asunto C-617/10, *Aklagaren y Hans Akerberg Fransson*)
- STJUE de 17 de octubre de 2013 Asunto C-101/12, *Schaible*).
- STJUE de de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger* y otros).
- Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014.

Tribunal Constitucional español

- STC 46/1982, de 12 de julio (suplemento al *BOE* de 4 de agosto de 1982).
- STC 181/1994, de 20 de junio (suplemento al *BOE* de 26 de julio de 1994).
- STC 91/2000, de 30 de marzo (suplemento al *BOE* de 4 de mayo de 2000).
- STC 18/2005, de 1 de febrero (suplemento al *BOE* de 3 de marzo de 2005).
- ATC 86/2011, de 9 de junio ([http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ\(buscador/es/Resolucion/Show/22561\)](http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ(buscador/es/Resolucion/Show/22561))).
- STC 26/2014, de 13 de febrero (suplemento al *BOE* de 11 de marzo de 2014).
- Declaración del Pleno 1/2004, de 13 de diciembre (suplemento al *BOE* de 4 de enero de 2005).

Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal

- STS/2^a de 9 de febrero de 2012 (núm. identificación CENDOJ: 28079120012012100037).
- STS/2^a de 26 de junio de 2012 (núm. identificación CENDOJ: 28079120012012100554).
- STS/2^a de 12 de marzo de 2014 (núm. identificación CENDOJ 28079120012014100172).

Otros Tribunales

- Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, Sala 2º, de 18 de julio de 2005. En http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html.
- Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 30 de junio de 2009. BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, párrafos 1 – 421. Traducción al español por Carlos Vidal Prado y por Cristina Elías Méndez. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>. El texto en alemán y en inglés, en <http://www.bverfg.de>.

LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS DE INTERÉS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

Legislación europea

- Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen de 1985 (*BOE* de 5 de abril de 1994).
- Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo, de 29 de mayo de 2000 (*BOE* de 15 de octubre de 2003).
- Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros, de 14 de junio de 2002 2002/584/JAI, *DO* L 190/1 de 18 de julio de 2002, modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, *DO* de 27 de marzo de 2009.
- Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, *DO* L 196 de 2 de agosto de 2005.
- Reglamento 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, *DO* L 53 de 22 de febrero de 2007.
- Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, *DO* L 328 de 6 de diciembre de 2008.
- Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, *DO* L 350 de 30 de diciembre de 2008.
- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, *DO* L 168 de 30 de junio de 2009.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), *DO* de 30 de marzo de 2010, que recoge adaptándola, la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituyó a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, *DO* L 335 de 17 de diciembre de 2011.

- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas *DO L 101* de 15 de abril 2011.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, *DO L 315* de 14 de noviembre de 2012.
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, *DO L 142* de 1 de junio de 2012.
- Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, *DO L 218* de 14 de agosto de 2013.
- Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, *DO L 294* de 6 de noviembre de 2013.
- Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, *DO L 130* de 1 de mayo de 2014.
- Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, *DO L 127* de 29 de abril de 2014.
- Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, *DO L 151* de 21 de mayo de 2014.

Propuestas legislativas y otros documentos de interés de las instituciones europeas

- Resoluciones del Parlamento europeo de 12 de junio y 22 de octubre de 1997, que recogen la demanda del Parlamento Europeo a la Comisión de realizar un estudio sobre la viabilidad del *Corpus Iuris*.
- Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, 26 de julio de 2000, COM(2000) 0495 final.

- Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal 2001/C 12/02, *DO* C21, de 15 de enero de 2001.
- Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, aprobado por la Comisión, Bruselas 11 de diciembre de 2001, COM (2001) 715 final.
- Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, Bruselas, 19 de febrero de 2003, COM (2003) 75 final.
- Documento de sesión del Parlamento europeo, B5-0359/2003, de 30 de junio de 2003.
- Documento de sesión del Parlamento europeo, A5-0031/2003 final, de 23 de octubre de 2003.
- Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, Bruselas, 28 de abril de 2004, COM(2004) 328 final, 2004/0113 (CNS)
- Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, Bruselas, 10 de mayo de 2005, COM (2005) 184 final.
- Libro Verde sobre “La presunción de Inocencia”, presentado por la Comisión, Bruselas, 26 de abril de 2006, COM(2006) 174 final.
- Propuesta del Reino Unido, República Checa, Irlanda, Malta, Chipre y Eslovaquia para una Resolución por los EEMM en su reunión del Consejo Europeo, Propuesta de Decisión marco sobre ciertos derechos procesales en los procesos penales en la Unión Europea, y Propuesta de resolución política. Documento 13116/06 LIMITE DROIPEN 60, de 27 de septiembre de 2006 (núm. referencia ST 13116 2006 INIT).
- Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales, *DO* de 4 de diciembre de 2009, C 295/1.
- Comunicado de Prensa del Consejo de la Unión Europea (JAI) 14936/09 (Press 306) de 23 de octubre de 2009.
- Propuesta de la Comisión de una Decisión marco del Consejo relativa al derecho a la interpretación y a traducción en los procesos penales, de 8 de julio de 2009. COM (2009) 338 final.
- Recomendación del Parlamento europeo de 7 de mayo de 2009, destinada al Consejo sobre el desarrollo de un Espacio de Justicia Penal en la UE, *DO* de 5 de agosto de 2010, C 212 E.
- Iniciativa del Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Gran

Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Austria, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales *DOUE* de 18 de marzo de 2010. /2010/C 69/01).

- Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales COM(2010)0082. Bruselas, 9 de marzo de 2010, 2010/0050 (COD).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo, Bruselas 20 de abril de 2010, COM (2010) 171 final,
- Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano del Consejo Europeo, que constituye el programa plurianual 2010-2014 para el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, *DO* de 4 de mayo de 2010, C 115.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (año 2009), Aplicación efectiva tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, *DO* C 169 de 15 de junio de 2012.
- Posición del Parlamento Europeo a probada en primera lectura el 16 de junio con vistas a la adopción de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. P7_TC_1-COD(2010)0801
- Propuesta de Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales, Bruselas, 20 de julio de 2010 COM (2010) 292 final.
- Evaluación de Impacto que acompaña a la Propuesta de Directiva relativa al derecho de información en el proceso penal, Bruselas, 20 de julio de 2010, SEC(2010) 907.
- Posición del Parlamento europeo, de 16 de junio de 2010 (P7_TC1-COD(2010)0801).
- Dictamen del Comité Económico y Social SOC/424 – CESE 1856/2011 – 2011/0154 (COD) de 7 de diciembre de 2011, sobre el derecho de acceso a un abogado y derecho de comunicación en el momento de la detención.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 20 de septiembre de 2011, COM(2011) 573 final.
- Posición del Parlamento europeo, de 13 de diciembre de 2011 (P7_TC1-COD(2010)0215).

- Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, Bruselas, 17 de julio de 2013, COM(2013) 534 final.
- Propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales, Bruselas, 27 de noviembre de 2013 COM(2013) 821 final. 2013/0407/(COD).
- Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva para reforzar determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales (resumen), SWD(2013) 479 final.
- Propuesta de Directiva sobre salvaguardas especiales para los niños sospechosos o acusados de un delito COM(2013) 822 final. Bruselas, 27 de noviembre de 2013
- Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva de 27 de noviembre de 2013 SWD(2013) 481 final.
- Propuesta de Directiva sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita provisional para los ciudadanos sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea COM(2013) 824 final. Bruselas, 27 de noviembre de 2013.
- Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales 2013/C 378/02. DO de 24 de diciembre de 2013.
- Recomendación sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita para los sospechosos o acusados en los procesos penales 2013/C 378/03 DO de 24 de diciembre de 2013.
- COM(2013) 820 final de 27 de noviembre de 2013, (versión en inglés), “*Making progress on the European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects or Accused Persons – Strengthening the Foundation of the European Area of Criminal Justice*”.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La agenda de justicia de la UE para 2020. Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento de la Unión, Estrasburgo, 11 de marzo de 2014, COM(2014) 144 final.
- Documento de Trabajo de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento europeo, sobre el refuerzo de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales de 17 de marzo de 2014 (Refª PE530.088V01-00), apto. II b).
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia, y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales, la Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales y a la Propuesta de Directiva relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la

asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea, de 25 de marzo de 2014 (2014/C 226/12) *DO* de 16 de julio de 2014.

- *31st Annual Report on monitoring the application of EU Law* (2013). COM (2014) 612 final, de 1 de octubre de 2014.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2015. Un nuevo comienzo, Estrasburgo 16 de diciembre de 2014, COM(2014) 910 final.
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe de 2014 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bruselas, 8 de mayo de 2015, COM(2015) 191 final.

OTRAS NORMAS INTERNACIONALES Y LEGISLACION ESPAÑOLA

Otras normas internacionales de interés

- Carta de las Naciones Unidas de 1945, <<http://www.un.org/es/documents/charter>>.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (*BOE* de 10 de octubre de 1979; también y con los protocolos 4, 6, 7, 12 y 13 y texto modificado conforme a los protocolos 11 y 14 en: <<http://www.echr.coe.int/>>).
- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959 (*BOE* de 17 de septiembre de 1982) y protocolos adicionales <<http://conventions.coe.int>>.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (*BOE* de 6 de marzo de 1970).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (*BOE* de 30 de abril de 1977).
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1993, <<http://www.un.org/es>>.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994, <<http://www.un.org/es>>.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, <<http://www.un.org/es>>.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (*BOE* de 27 de mayo de 2002) <<http://www.un.org/es>>.

Normas españolas

- Constitución española de 1978, (*BOE* de 29 de diciembre); versión consolidada no oficial en <<http://www.boe.es>>.

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 (Gaceta de Madrid núm. 260, de 17 de septiembre de 1882; versión consolidada no oficial en <<http://www.boe.es>>).
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (*BOE* de 13 de enero).
- Ley 8/1994, por la que se desarrolla la Comisión Mixta para la Unión Europea (*BOE* de 8 de julio), modificada por Leyes 24/2009, de 22 de diciembre (*BOE* de 23 de diciembre) y 38/2010, de 20 de diciembre (*BOE* de 21 de diciembre).
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (*BOE* de 20 de noviembre).
- Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril de 2015, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (*BOE* de 28 de abril).