

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

Facultad de Derecho

Tesis Doctoral

NUEVOS RETOS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL:

LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LA TUTELA

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

PROCESALES

Ana Pérez Bobadilla

Junio 2015

Directora: Dra. Beatriz Pérez de las Heras

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

Facultad de Derecho

Tesis Doctoral

NUEVOS RETOS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL:

LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LA TUTELA DE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

PROCESALES

Autora: Dña. Ana Pérez Bobadilla

Directora: Dra. Beatriz Pérez de las Heras

DIRECTORA

DOCTORANDA

Bilbao, junio de 2015

ÍNDICE

SIGLAS Y ACRÓNIMOS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	13

PARTE I. EL INICIO DEL CAMINO: TRAZANDO LA SENDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES (Avances legislativos y jurisprudenciales de la UE en el tercer pilar)	33

1.- LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UE: CONSOLIDANDO EL TERCER PILAR	35

2.- LA SOLEDAD DEL RECONOCIMIENTO MUTUO	44

A. Armonización de legislaciones nacionales. <i>¿Alternativa o complemento del reconocimiento mutuo?</i>	46

B. Reconocimiento mutuo: <i>¿Cortapisa o aval de garantía para los derechos fundamentales?</i>	49

C. Seguridad v. Libertad. La encrucijada de los instrumentos normativos del tercer pilar: <i>La orden de detención europea como pistoletazo de salida</i>	53

3.- PREPARANDO LA ARMONIZACIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES.....	62

A. Derechos procesales de las víctimas, primera aproximación	63

B. La fallida propuesta de armonización global de derechos procesales penales: el germen del futuro derecho procesal penal en materia de garantías de sospechosos y acusados.	65

C. Razones del fracaso y una promesa de futuro	67

4.- UNA APUESTA DECIDIDA POR UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO: La defensa jurisdiccional de garantías procesales por el TJ.	70

PARTE II. HACIA UN AUTENTICO ELSJ: ¿A DÓNDE LLEVA EL TRATADO DE LISBOA? 77

1.- LISBOA: UN NOVEDOSO ESCENARIO LLENO DE POSIBILIDADES..... 80

- A. El salto cualitativo 82
- B. Un poder judicial europeo más fuerte y un justiciable más activo. (Algunas cuestiones procesales en materia de legitimación y recursos). 85
- C. Un paso más: la futura Fiscalía Europea..... 89

2.- CAMBIO DE ESTRATEGIA LEGISLATIVA: CONSTRUYENDO SIN PILARES 92

- A. Por fin juntos: La necesaria convivencia del reconocimiento mutuo y la aproximación legislativa. 92
- B. ¿Nuevas competencias, bien definidas? 97
- C. Cambio de ritmo: Las dos velocidades del proceso penal: 100
 - C.1. Frenos de emergencia..... 100
 - C.2. Y Estados “frenados” 102
- D. Hoja de ruta: Itinerario y destino, (volviendo a la senda de las garantías procesales)..... 105

3.- LA GRAN ENTRADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LISBOA..... 109

- A. **La Carta:** Un nuevo catálogo de garantías al servicio del Juez. ¿Revolución competencial en la regulación de los derechos fundamentales? (*La confusa redacción de las cláusulas horizontales*). 110
- B. **La proyectada adhesión de la UE al CEDH:** ¿Complicación o simplificación de la tutela judicial de los derechos fundamentales procesales en Europa? . 124
 - B.1. Escollos en la articulación práctica de la adhesión. 131
 - B.2. Y un TJ en pie de guerra. (Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014). 133
- C. **Triple escenario de tutela judicial de derechos fundamentales en la UE..... 137**
 - C.1 ¿Armonía o colisión entre catálogos de garantías? 137
 - C.2. EL TJ como Tribunal “Supremo” y “Constitucional”. Protegiendo el territorio: La importancia creciente de la cuestión prejudicial..... 146
 - C.3. ¿Escenario de paz entre Tribunales? Por fin diálogo. 148

PARTE III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES EN EL DERECHO DE LA UE. PERFILANDO LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LAS GARANTÍAS PENALES EN SEDE DE INSTRUCCIÓN . 153

1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES: SU DIMENSIÓN EUROPEA. 156

2.-¿UN VERDADERO ESCENARIO EUROPEO DE GARANTÍAS PROCESALES? ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LAS GARANTÍAS PENALES EN SEDE DE INSTRUCCIÓN 162

A.- DERECHO DE DEFENSA: ÚLTIMAS “FRONTERAS” DE LA INSTRUCCIÓN PENAL..... 162

A1. “DERECHOS DE DEFENSA, ¿DERECHOS ILIMITADOS?”: Regulación e interpretación jurisprudencial en el ámbito europeo. 163

A2. PREPARANDO LA DEFENSA EN UN LITIGIO SUPRANACIONAL 171

a) EL DERECHO A LA INTERPRETACIÓN Y TRADUCCIÓN. *La Torre de Babel: Intérpretes y traductores, ¿Aliados o bienintencionados enemigos?*..... 171

b) EL DERECHO A LA INFORMACIÓN sobre derechos y sobre la acusación..... 194

b1) Garantizando el acceso a la información: *Guiando a Kafka por el laberinto.* 194

b2) Un paso más en la armonización: *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 penales.* 200

c) TIEMPO Y FACILIDADES PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA. *El fin de la improvisación: La reflexión y la documentación de la defensa efectiva.*..... 217

A3. EJERCITANDO LA DEFENSA EN LA UE	220
a) AUTODEFENSA: <i>¿Trampa o ejercicio de libertad?</i>	220
b) DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.....	224
c) DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y NO INCRIMINARSE EN SU DECLARACIÓN <i>¿Peligroso silencio? Mentiras legales, mentiras piadosas.</i> .	232
d) DEFENSA LETRADA: <i>Por fin una Directiva en materia de asistencia técnica y derechos del detenido</i>	239

A4. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y LA ORDEN DE DETENCIÓN: <i>Garantías de libertad de los reclamados por la euroorden: La ocasión perdida</i>	263
a) Regularización de la situación del detenido: Cerrando el Juzgado de guardia, preservando la especialización judicial.....	266
b) Euroorden, <i>¿Antesala de la prisión provisional del reclamado?</i>	278

B. GARANTÍAS PROBATORIAS: LA PRUEBA PENAL EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, <i>¿POR FIN UNA PASAJERA VELOZ?</i>	285

B1. “VIAJES CONCERTADOS, VIAJES APLAZADOS”: EL LENTO DESPLAZAMIENTO DE LA PRUEBA	287

B2. HACIA UN “BILLETE ÚNICO”: La Orden Europea de Investigación en materia penal y sus implicaciones en la tutela judicial de derechos fundamentales	292
a) La Directiva: luces, sombras y algunas propuestas.....	292
b) <i>¿Los derechos fundamentales también viajan?</i>	308
c) El retorno de la prueba y <i>¿ahora, qué?</i> La eficacia probatoria como asignatura pendiente.....	314

C. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 321

C1. A VUELTAS CON LA PRUEBA: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA DE CARGO EN LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS EN LA UE. ¿DOBLE CONTROL O DOBLE RIESGO? (EFICACIA PROBATORIA Y “PRUEBA PROHIBIDA”). 321

C2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA MODESTAMENTE “ARMONIZABLE” 337

a) La Propuesta de Directiva, “mínima”. 337

b) Un paso más: Unificando el *Nemo tenetur* 347

D. NE BIS IN IDEM: SU DIMENSIÓN TRANSNACIONAL EN MATERIA PENAL 358

D1. TENTATIVAS DE ARMONIZACIÓN Y UN PUSILÁNIME INTENTO DE PREVENCIÓN DE PROCESOS PARALELOS EN EL SENO DE LA UE 358

D2. DEL ACTIVISMO JUDICIAL A SU CONSAGRACIÓN EN LA CARTA. 368

D3. NE BIS IN IDEM Y RECONOCIMIENTO MUTUO ¿ÚLTIMA TRINCHERA DE LA SOBERANÍA NACIONAL FRENTE A LAS ÓRDENES EUROPEAS? El principio en los instrumentos de cooperación judicial (ODE y OEI)..... 379

E- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL. *¿Hacia un estándar europeo de tutela judicial?*. 386

E1. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ¿UN DERECHO YA PROPIAMENTE EUROPEO? *Dimensión europea del derecho a la tutela judicial efectiva. Carta v. Constitución española: Implicaciones de la Sentencia Melloni*..... 386

E2. EL RENOVADO PROTAGONISMO JUDICIAL: LOS GUARDIANES EUROPEOS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL 403

a) INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL: De nuevo un voto de confianza “mutua” 403

b) JUEZ NACIONAL, JUEZ EUROPEO: *Nuevos retos de tutela judicial o como seguir el paso con tres parejas de baile.* 407

c) CUESTIÓN PREJUDICIAL, ARMA DE DOBLE FILO 412

CONCLUSIONES	421
BIBLIOGRAFÍA	437

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AUE	Acta Única Europea
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAAS	Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDHNU	Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIG	Conferencia Intergubernamental
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CPJP	Cooperación Policial y Judicial en materia Penal
DM	Decisión Marco
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EEMM	Estados Miembros (de la UE)
ELSJ	Espacio de Libertad Seguridad y Justicia
FE	Fiscalía Europea.
JCI	Juzgado Central de Instrucción
JVSM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOEDE	Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MF	Ministerio Fiscal

ODE	Orden de Detención y Entrega
OEI	Orden Europea de Investigación
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PE	Parlamento Europeo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PTCE	Proyecto de Tratado de Constitución Europea
RFA	República Federal Alemana
RU	Reino Unido (de Gran Bretaña)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIS	Sistema de Información Schengen
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Siempre debatida la oportunidad política y la viabilidad jurídica de una exhaustiva legislación procesal penal europea en materia de garantías o derechos fundamentales procesales, la cuestión resurge con renovado interés en el actual escenario europeo tras unos años de casi absoluto protagonismo de imperativos de seguridad y eficacia en la lucha contra la creciente delincuencia transfronteriza. Se ha evidenciado la necesidad de equilibrar esa necesidad de promover una eficaz cooperación en el Espacio Judicial Europeo (incluso recurriendo a veces a una suerte de confianza ciega entre Estados), con la correlativa preservación y tutela de los derechos fundamentales de sospechosos y acusados, configurando así un auténtico Espacio Judicial de Libertad y Justicia que trascienda un espacio prioritariamente de Seguridad. Solo así podrá garantizarse la preservación en la actual sociedad europea, crecientemente globalizada, de la igualdad de trato entre los sujetos pasivos de procedimientos penales nacionales y supranacionales, evitando una eventual devaluación o distorsión de los logros históricamente obtenidos en materia de garantías penales desde una perspectiva iusfundamental, so pretexto de exigencias cuasiabsolutas y pretendidamente urgentes de eficaz represión penal.

Los avances legales y jurisprudenciales en la materia dentro del ámbito de la UE, primero tímidos pasos y para algunos, ya un decidido y casi apresurado trayecto hacia un auténtico Derecho Penal y Procesal europeo, parten de la inherente dificultad de ejercitar fuera del ámbito nacional, de forma completa y satisfactoria, los derechos de defensa y restantes derechos fundamentales inherentes al denominado “proceso justo o debido” atendidas las notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales de los socios europeos.

Y así, el proceso penal que se desarrolla total o parcialmente en otro Estado miembro, (generalmente en otro idioma, en el seno de un entorno legal y jurisdiccional ajeno y en ocasiones, animado por principios jurídicos diversos), se presenta con frecuencia con tintes crípticos, “kafkianos” incluso, no sólo para los sujetos pasivos del mismo sino para los propios operadores jurídicos involucrados. Afrontar la defensa de garantías procesales en el seno de tales procesos deviene un permanente y complejo desafío para los letrados, pero igualmente para el Juez de Instrucción nacional. Éste, como garante primero de la tutela de los derechos y garantías en juego, resulta obligado a dominar un complejo y cambiante panorama jurídico, no sólo en procesos penales de dimensión europea o tintes transnacionales, sino también en procesos estrictamente nacionales igualmente abarcados por el ámbito material propio y creciente del

ordenamiento de la UE y directamente concernidos por el efecto de éste y el principio de primacía.

Esa complejidad ha venido incrementándose día a día, originariamente a resultas del acervo dimanante del desarrollo del tercer pilar (y su masiva aprobación de instrumentos de cooperación judicial en materia penal, basados en el reconocimiento mutuo, -entre los que destaca la siempre controvertida euroorden-), pero muy especialmente tras el nuevo escenario diseñado por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. A resultas del mismo, el tema de la tutela de los derechos fundamentales parece haber entrado ya de forma decidida en la realidad jurídico institucional de la UE, que a partir de entonces cuenta con una Carta de derechos propia (consagrando dichas garantías procesales con eficacia jurídica vinculante de máximo rango) a la par que diseña un ámbito competencial ampliado (y no siempre de fácil interpretación).

La apuesta por la armonización legislativa como complemento del reconocimiento mutuo, el desarrollo del llamado Programa de Estocolmo, mediante la reciente aprobación de nuevos instrumentos normativos, (concernientes a los “derechos de las personas” y la cooperación judicial en materia penal) y la previsión de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, diseñan un novedoso y cambiante panorama que exige un replanteamiento del tema propio de las garantías procesales penales de sospechosos y acusados en el Espacio Judicial Europeo.

Así como la jurisprudencia del TEDH, dimanante su interpretación del Convenio y su repercusión en los Estados firmantes del mismo y sujetos a aquella jurisdicción, ha sido ya objeto de innumerables análisis y estudios desde las más variadas perspectivas académicas, surge ahora, la necesidad evidente de afrontar también en clave judicial y desde la perspectiva tuitiva de derechos, el análisis de los cambios sustanciales que se están produciendo en el ordenamiento jurídico de la UE. En su seno, están surgiendo grandes innovaciones legislativas con directa repercusión en el panorama judicial europeo (como la reciente incorporación de Directivas relativas al derecho a la traducción e interpretación, comunicación y asistencia letrada de sospechosos y acusados, y el desarrollo de una orden de investigación europea). Todas ellas afectan muy concretamente a la primera fase del proceso penal (instrucción), que se ha visto directamente afectada por una globalización creciente a todos los niveles, (también en el de la criminalidad, favorecida por la libertad de circulación y el desarrollo de las nuevas tecnologías), lo que exige más que nunca, una dinamización de los procesos penales supranacionales mediante la implantación de una “libre circulación de pruebas”, paralela

a una completa salvaguarda de garantías procesales a los efectos de garantizar un estándar uniforme a nivel europeo.

Examinando el reciente devenir legislativo y también jurisprudencial de la UE en materia de derechos fundamentales procesales, parece constatarse una decidida voluntad europea de profundizar en su tutela, y precisamente encomendando su salvaguarda a las autoridades judiciales a un triple nivel. Y así, el legislador europeo ha venido refrendando en la nueva normativa la valiosa labor del TJ, que venía elaborando progresivamente una auténtica jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, en constante y nunca fácil diálogo con la doctrina jurisprudencial del TEDH y la de los propios Tribunales Constitucionales nacionales y encomendando también dicha actuación tuitiva a los jueces nacionales de los Estados miembros en su calidad de jueces europeos sometidos al cumplimiento del ordenamiento de la UE.

El panorama judicial actual no puede ser más rico a la par que complejo, dinámico y en constante evolución, permitiendo y exigiendo una flexible adaptación a los nuevos tiempos que se imponen en la necesaria lucha contra la delincuencia transfronteriza y quizá asumiendo la necesidad de un futuro Derecho Penal y Procesal que haya de trascender de los límites de sus fronteras. Las autoridades judiciales se ven obligadas a “seguir el paso”, no sólo dominando con el debido rigor y profundidad ese nuevo ámbito legislativo y jurisprudencial, (y la compleja interrelación entre las numerosas y cambiantes fuentes europeas y nacionales), sino superando la tradicional desconfianza histórica con que, desde una perspectiva soberana, se venían afrontando las exigencias de cooperación penal transnacional. Resurge así como pieza esencial del funcionamiento del ansiado Espacio Judicial Europeo, el respeto irrenunciable a los derechos fundamentales de todos los sujetos del proceso, tanto víctimas como imputados.

Por todo ello, muy lejos de ser un tema agotado, la tutela judicial de las garantías procesales durante la instrucción penal parece asumir un nuevo protagonismo en el actual contexto legislativo y judicial, en pleno proceso de cambio sustancial, no sólo a nivel europeo sino nacional. Reviste un evidente interés acometer en este momento el estudio y análisis crítico de las nuevas fuentes de derecho europeo y su necesaria conciliación con las nacionales, sobre todo atendiendo a las exigencias de interacción de los distintos niveles judiciales de tutela supranacional de derechos fundamentales.

Ya como resultado de la dilatada y relevante labor jurisprudencial del TEDH en su ámbito competencial supranacional venía siendo reconocida de forma indubitada la

existencia de una cierta “europeización” de derechos fundamentales desde una perspectiva internacional. La preceptiva sumisión a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo en su subsidiaria fiscalización de la actuación nacional, venía generando progresivamente la necesidad de acomodar las exigencias procesales nacionales en materia de salvaguarda de derechos fundamentales a los dictados del CEDH, resultando así una cierta armonización indirecta del contenido y alcance de tales derechos interpretados desde un perfil europeo en su concreto ámbito, siguiendo las pautas jurisprudenciales del TEDH. (También en coherencia con el respeto a otros instrumentos derivados de compromisos internacionales en el seno de Naciones Unidas, más allá del marco estrictamente europeo).

Y siendo evidente la relevancia de dicha jurisdicción “europea” en materia de derechos fundamentales, la importancia histórica del momento actual en esta materia tutelar (y por ende, el interés de este estudio) deriva precisamente del nuevo marco jurídico institucional de la UE perfilado tras el Tratado de Lisboa y que, entre otras novedades, prevé incluso su futura sumisión a la jurisdicción del TEDH. La UE, pese a encontrarse aún en proceso de redefinición tras su fracaso constitucional, enfrentada a sus graves divergencias internas y a una crisis económica que ralentiza sus iniciativas, parece haber apostado por dar una necesaria “vuelta de tuerca” en esta materia, hasta ahora claramente secundaria en el proceso integrador europeo.

A su vez, el impacto en el ordenamiento jurídico español de las novedades legislativas y jurisprudenciales producidas en la UE parece evidente y no de fácil valoración, máxime atendiendo al proceso de renovación legislativa actualmente en curso y de clara incidencia en el proceso penal. Este tema cobra renovado interés desde nuestra perspectiva nacional, no sólo porque la mayoría de las Directivas en la materia no han sido aún implementadas (lo que permite formular propuestas de lege ferenda, ofreciendo al menos en un plano teórico mayor libertad al análisis), sino porque nos encontramos en pleno cambio “revolucionario” no sólo del entramado orgánico judicial sino de la propia regulación del proceso penal, tratando de asumir principios absolutamente ajenos al sistema tradicional seguido en nuestro país, encomendando por primera vez las funciones investigadoras de la instrucción penal al Ministerio Fiscal. La figura judicial quedaría centrada en las funciones de estricta supervisión de aquella y tutela de garantías procesales, reconvertida en un “Juez de Garantías”.

Está aún pendiente de aprobación la reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial simultaneada con un proyecto legislativo en marcha de tanto calado como el de un nuevo Código Procesal Penal, que eventualmente habría de sustituir a la LECRIM, a su

vez recientemente modificada, existiendo dos importantes proyectos de reforma en curso en materia de garantías procesales y por ello de directa incidencia en la instrucción penal y en el objeto de este estudio. El momento actual permite por ello, múltiples y muy prometedoras posibilidades de investigación, desde una perspectiva académica.

Por todo ello, a lo largo de este trabajo, habrá de cuestionarse si realmente nos encontramos ante un proceso de cambio sustancial en materia de salvaguarda de garantías procesales durante la instrucción penal por impacto del ordenamiento jurídico de la UE. Habrá de verificarse si ese nuevo marco institucional, esa emergente normativa y la evolución de la doctrina jurisprudencial del TJ implican un auténtico salto cualitativo en la tutela de derechos fundamentales procesales encomendada al Juez de Instrucción español. Verificar si el mismo no puede ya permanecer al margen de la progresiva construcción de ese Espacio Judicial Europeo sino directamente concernido por ella y vinculado por una dimensión propiamente “europea” de dichas garantías que precisamente ahonden y potencien su función tuitiva.

En ese novedoso y complejo escenario renovador del panorama legislativo y judicial del proceso penal en el seno de la UE y también a nivel nacional, resulta relevante analizar el estado actual de las garantías procesales penales desde una perspectiva propiamente “europea” y sus implicaciones prácticas en el seno de las funciones instructoras y tutelares del juez nacional.

Este trabajo aborda, desde la perspectiva del actual desarrollo del ordenamiento jurídico de la UE, el análisis de la tutela judicial de las garantías procesales (derechos fundamentales procesales penales) durante la instrucción penal, asumiendo la óptica y funciones del Juez de Instrucción en el ordenamiento jurídico español y los nuevos y difíciles desafíos a que se enfrenta ante el cambiante panorama europeo actual. Todo ello en directa relación con un marco legislativo y judicial también en proceso de reforma sustancial a nivel nacional.

Sobre la base de estas premisas, esta tesis trata de dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Está configurándose una auténtica dimensión “europea” en la tutela judicial de los derechos fundamentales procesales en el seno de la instrucción penal? Y si es así: ¿Conlleva una profundización en la labor tuitiva de garantías penales encomendada al Juez de Instrucción nacional?

Como hipótesis general ha de barajarse una respuesta doblemente afirmativa: El nuevo escenario institucional, legislativo y judicial resultante del Tratado de Lisboa

otorgaría un renovado protagonismo al tratamiento de los derechos fundamentales procesales penales en el seno de la UE, lo que implicaría la progresiva “europeización” de los mismos. Se estaría así perfilando, progresivamente, una dimensión propiamente europea de aquellos, (con un sentido y alcance específico), cuyo impacto en los Estados miembros, generando nuevos y trascendentes desafíos para el Juez de Instrucción nacional, podría conllevar una renovación y efectiva profundización de su irrenunciable labor tutelar de garantías penales en sede de instrucción.

OBJETIVOS: GENERAL Y ESPECÍFICOS

Para la comprobación de dicha hipótesis general, esta tesis trata de cumplir el siguiente objetivo general: Analizar el actual tratamiento legislativo y jurisprudencial de los derechos fundamentales procesales penales por parte de las instituciones de la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, a los efectos de dilucidar si existe una dimensión propiamente europea de los mismos así como para valorar su impacto en el seno de la instrucción nacional y su eventual efecto profundizador de la labor tutelar de garantías procesales encomendada al Juez de Instrucción.

Asume igualmente el cumplimiento de una serie de objetivos específicos:

- Examinar la evolución jurídico-institucional de la UE antes y después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, con especial referencia al ámbito procesal penal durante la fase de instrucción judicial.

- Analizar críticamente el nuevo diseño jurídico institucional resultante de Lisboa y las posibilidades tutelares para los derechos fundamentales derivadas de aquel, especialmente a raíz de la eficacia jurídica de la Carta y las nuevas competencias de armonización legislativa.

- Examinar desde una perspectiva global la problemática e implicaciones de la coexistencia e interrelación de tres niveles judiciales de tutela de garantías penales en el ámbito europeo: TEDH, TJ y Tribunales nacionales, (jurisdicción constitucional y también ordinaria).

- Valorar el cumplimiento por parte del legislador europeo de los objetivos del Programa de Estocolmo, analizar críticamente las Directivas aprobadas y proyectos

legislativos en vigor así como su impacto e implementación en el ordenamiento jurídico español.

-Formular propuestas de lege ferenda en relación a los proyectos legislativos existentes en materia de garantías procesales penales tanto en sede europea como nacional.

-Efectuar un análisis individualizado y pormenorizado de cada uno de los principales derechos fundamentales procesales con especial relevancia en el seno de la instrucción penal, comparando su tratamiento legislativo y jurisprudencial desde un perfil nacional y europeo (este último, tanto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de la UE y el TJ como desde el CEDH y jurisprudencia del TEDH).

-Identificar y valorar las renovadas exigencias a que se enfrenta el Juez de Instrucción nacional y también las posibilidades que se abren al mismo en su rol de juez europeo, (en coherencia con la creciente internacionalización de los procedimientos penales y a resultas de la modificación sustancial del ordenamiento jurídico de la UE y del panorama legislativo nacional).

ESTRUCTURA

Para alcanzar los señalados objetivos, se desarrolla esta tesis, afrontando la misma a lo largo de tres partes. Las dos primeras partes (I y II) son cronológicamente sucesivas y asumen el objeto de este estudio desde una perspectiva general (los derechos fundamentales procesales penales contemplados en su conjunto), mientras la tercera parte (III) afronta el análisis individual y pormenorizado de cada uno.

Y así, nótese que el examen de la evolución jurídico-institucional de la UE operada en los últimos años (a los efectos de dilucidar su auténtico impacto en el tratamiento de las garantías penales), exige distinguir entre un antes y un después de la vigencia del Tratado de Lisboa (y por consiguiente de la Carta). Por ello, la Parte I se circunscribe a esa etapa previa, acometiendo el análisis de los logros y fracasos del llamado tercer pilar en materia de cooperación penal, la consagración del principio de reconocimiento mutuo con sus virtudes y carencias, los primeros intentos de armonización legislativa en materia de garantías así como el desarrollo de una jurisprudencia “pretoriana” por parte del TJ en defensa de los derechos fundamentales. Quedaría así esbozado un posible germen del futuro derecho procesal penal europeo en materia de garantías de sospechosos y acusados, definiendo los primeros pasos hacia la creación de un Espacio Judicial Europeo.

El análisis de dicha etapa, obviamente superada, resulta esencial como base para comprender y valorar en toda su dimensión la subsiguiente evolución de la UE partiendo de los aciertos y errores de aquella.

En la Parte II, se afronta un análisis crítico del nuevo escenario resultante de Lisboa y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales desde una perspectiva institucional, legislativa y jurisprudencial. Y así, han de examinarse las novedades institucionales con impacto en materia de derechos fundamentales, tanto en cuanto a las funciones del TJ, como a la novedosa creación de una Fiscalía Europea. Desde un punto de vista legislativo será examinada la enorme trascendencia de la consagración de las garantías procesales penales en una Carta jurídicamente vinculante con valor de derecho originario y las posibilidades derivadas de las nuevas competencias legislativas armonizadoras plasmadas en la estrategia del Programa de Estocolmo en relación con la evolución del principio de reconocimiento mutuo. Se analizarán también las implicaciones derivadas de la coexistencia de un triple ámbito de tutela judicial a nivel europeo y de la futura adhesión de la UE al CEDH, su eventual sumisión a la jurisdicción del TEDH y la problemática inherente a la misma.

Fijado ya ese novedoso escenario europeo y desde la óptica del momento actual, acometerá la Parte III el análisis pormenorizado de las garantías procesales con mayor relevancia en sede de instrucción penal, también desde una doble óptica.

Desde el punto de vista legislativo, en relación con los instrumentos jurídicos preexistentes y sobre todo la Carta, se examinarán las Directivas recientemente aprobadas en este ámbito y los proyectos legislativos en vigor, asumiendo una visión crítica y formulando propuestas de lege ferenda. Podrá así emitirse un juicio ponderado sobre la evolución y cumplimiento del Programa de Estocolmo y su impacto efectivo en el ordenamiento jurídico español, con especial referencia a las cuestiones relativas al proceso de implementación del derecho europeo.

Paralelamente, habrá de ser examinado el tratamiento jurisprudencial de cada una de dichas garantías tanto en sede europea (por parte del TEDH y del TJ) como nacional (jurisdicción constitucional), de suerte que pueda definirse desde una perspectiva teórica y práctica el actual sentido y alcance de cada una, valorando su eventual “europeización”. Para analizar la repercusión de tales novedades en nuestro entorno procesal nacional, se efectuará un análisis comparado con los perfiles nacionales de tales derechos tal y como vienen siendo tutelados por la práctica judicial

en sede de instrucción y muy especialmente en su consagración constitucional a tenor de la doctrina del TC.

En cuanto al orden de desarrollo y exposición, comenzará la Parte III por los siempre nucleares “derechos de defensa”, continuando por las garantías probatorias, el derecho a la presunción de inocencia, el *ne bis in idem*, y culminando la exposición con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial. Y precisamente con ocasión del análisis del derecho a la tutela judicial efectiva, se afrontará la repercusión de lo anteriormente expuesto en las funciones y facultades del Juez de Instrucción nacional en su vertiente tuitiva de derechos fundamentales. Podrán ser evidenciados, en su caso, los nuevos desafíos planteados por el progresivo enriquecimiento del panorama europeo a resultados del desarrollo del ELSJ, así como la eventualidad de una efectiva profundización en su labor de salvaguarda del régimen de garantías de sospechosos y acusados.

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

En cuanto al soporte conceptual de esta tesis, en primer lugar ha de ponerse de manifiesto cómo su naturaleza, en coherencia con los objetivos de la misma, ha de ser necesariamente pluridisciplinar. Enclavada principalmente en el ámbito del ordenamiento jurídico de la UE y en estrecha relación con el Derecho Procesal Penal español, exige también el manejo de conceptos y contenidos propios del Derecho Constitucional e igualmente de Derecho Internacional Público. Dada la vasta extensión de la materia a tratar y la perspectiva que va a adoptarse, (examinando la repercusión directa del Derecho Europeo en la función tutelar del Juez de Instrucción español) únicamente se tratará de forma muy tangencial y meramente ilustrativa el Derecho Comparado en el seno de la UE. En el mismo sentido, las obligadas referencias al TEDH y a la jurisprudencia derivada del mismo, forman parte de su interrelación con el propio ordenamiento de la UE, si bien ha de precisarse que el contexto europeo que nos ocupa no es *stricto sensu* el propio del CEDH (ni del ámbito europeo, desde esa perspectiva regional), sino el específico de la Unión Europea y su ordenamiento jurídico.

Y así, en cuanto a las principales categorías que serán manejadas a lo largo de este análisis, ha de matizarse que la referencia a una dimensión europea no atiende a un criterio regional geográfico desde el punto de vista del Derecho Internacional, sino concretamente al seno de la UE y al ordenamiento jurídico que le es propio.

De otro lado, en cuanto a la instrucción penal, la referencia a la misma es inequívoca en cuanto relativa a la primera fase del procedimiento penal, fase de

investigación y preparatoria del juicio oral en el vigente ordenamiento jurídico español (Diligencias Previas o Sumariales, según se trate de Procedimiento Abreviado u Ordinario). Y adoptando la perspectiva del Juez de Instrucción nacional a quien está encomendada la tutela de garantías durante dicha fase procesal. Y así, ha de matizarse que nuestro ordenamiento vigente (principalmente la LOPJ y LECRIM), atribuye dichas funciones de forma genérica a los Jueces de Instrucción, bien que, en sentido amplio, también desarrollan tales competencias (dentro de su respectivo y específico ámbito), los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los Jueces Centrales de Instrucción (en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional) y los Jueces de Menores. Téngase en cuenta en todo caso, que este estudio abarca la instrucción penal no sólo de aquellos procesos con tintes o características supranacionales, sino también aquellos puramente nacionales que hayan de verse necesariamente afectados por esa “europeización” de nuestro ordenamiento procesal, bien por estar inmersos en el ámbito competencial de la UE o por efecto de un eventual “contagio” o permeabilidad propia de la Carta así como del derecho derivado desarrollando su contenido.

Ha de adoptarse, por tanto, una perspectiva flexible y permanentemente evolutiva, asumiendo un examen (necesariamente dinámico) del actual escenario europeo de los meritados derechos fundamentales procesales (en un panorama de continua y trascendente innovación). Todo ello, atendiendo a una doble dimensión legislativa y jurisprudencial (desde la complejidad de ese triple ámbito de tutela judicial existente en el plano europeo), siempre desde la óptica del sujeto pasivo del proceso penal, y la imperativa preservación de sus garantías penales.

Desde un punto de vista terminológico, siguiendo a la doctrina mayoritaria (por todos, PÉREZ LUÑO y PECES BARBA), se utilizará al efecto, el término más generalizado (también por el legislador nacional y europeo) de “derechos fundamentales” atendiendo a su carácter jurídico positivo, como derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Y en forma prácticamente coincidente, (asumiendo la misma terminología clásica de derechos fundamentales) también los consagrados en la Carta.

Nótese sin embargo que la Carta utiliza un concepto amplísimo de “derechos fundamentales” y maneja tal concepto en forma diversa a las constituciones nacionales europeas, lo que conlleva una necesaria “relativización de las categorías constitucionales” en la integración europea, considerado por parte de la doctrina (entre otros, GARCÍA ROCA), una suerte de “nuevo constitucionalismo” con otras categorías

funcionales señalándose la génesis de una nueva disciplina: la ciencia del derecho constitucional europeo.

En todo caso, las imprecisiones técnicas son frecuentes en los textos internacionales de referencia. Y así, la Carta confunde ocasionalmente las categorías de “derechos y principios” y también el propio CEDH, que parece querer distinguir entre derechos del hombre y libertades públicas sin llegar desarrollar la eventual diferenciación de tales categorías ni mínimamente en su articulado. Ello impide delimitar con precisión los conceptos específicos correspondientes a los derechos fundamentales/derechos humanos de forma unívoca en este ámbito. Sin embargo, dado que el término “derechos humanos o del hombre” normalmente ha quedado reservado a Tratados y declaraciones internacionales, se ha optado en esta exposición por la denominación de “derechos fundamentales”. No en vano es la más frecuentemente utilizada y también acogida en la Carta (el más joven catálogo de derechos en el ámbito europeo) así como por los proyectos legislativos actualmente en vías de discusión en nuestro entorno nacional.

Dicha opción terminológica no ha de significar como es obvio, que vaya a manejarse un concepto de derechos “positivizados” en un sentido restrictivo que impida valorar la rica dimensión de los mismos absolutamente llena de matices, desde la perspectiva de las tesis suscitadas sobre su doble dimensión real e ideal (en palabras de ALEXY). Es apasionante el debate sobre las posibilidades y los requisitos para la eventual limitación de los derechos, la idea del núcleo esencial, (HABÈRLE) su doble dimensión institucional y como derecho individual, su necesaria ponderación, así como los distintos conceptos relativos al principio de proporcionalidad, entre otros. Tales cuestiones se abordarán a lo largo de la tesis, obviamente no desde una perspectiva estrictamente filosófica o dogmática, (ajena a los objetivos de este estudio), sino desde una óptica mayoritariamente práctica, como instrumentos hermenéuticos a disposición del Juez para tratar de abordar intelectual y técnicamente una más completa dimensión de los derechos cuya tutela ha de preservar.

Se asume en este estudio una configuración de los mismos como derechos fundamentales de naturaleza procesal, utilizando también el término generalizado de garantías procesales penales. Y así ha de atenderse a su doble dimensión: objetiva (deber general de protección y promoción de los mismos por los poderes públicos) y subjetiva (salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos y que entronca con su originaria dimensión).

Como consustancial a la naturaleza de dichas garantías, se hará hincapié en su justiciabilidad. Precisamente al desarrollar las implicaciones del triple escenario europeo de tutela judicial de derechos y de una futura adhesión de la UE al CEDH, se prevé una sobrevenida eficacia de dicha característica, perfilándose de forma dinámica el contorno de los mismos con ocasión de sus invocaciones en una u otra sede judicial y a resultas del necesario “diálogo” entre Tribunales.

Así, en sentido técnico jurídico se asume el doble concepto de derechos fundamentales y procesales, matizando su naturaleza de derechos, que no meramente principios, sin perjuicio de que, (como se ha expuesto), en la Carta los derechos y principios convivan de forma indiferenciada, no siendo fácil identificar una u otra tipología. Esta cuestión terminológica no es baladí (vgr., los meros principios no fundamentan el acceso de los particulares a la tutela judicial como base de un recurso individual y tampoco se benefician de la reserva legal prevista en la Carta). Sin embargo, por el tradicional tratamiento doctrinal como principios del *ne bis in idem* o la presunción de inocencia, se adoptará también a lo largo de la exposición (sobre todo en la cita de determinados autores o fuentes) una denominación indistinta de aquellos como derechos o principios, sin que ello suponga desvirtuar su auténtica naturaleza.

Se ha señalado ya que a lo largo de la Parte III se afronta un análisis individualizado y detallado de los principales derechos fundamentales procesales penales o garantías, bien entendido que ha de circunscribirse a los que se consideran más representativos desde la óptica de este estudio, es decir, tomando como eje la tutela de los derechos concernidos durante la fase “instructora” del proceso penal y en esa dimensión propiamente europea. Son por ello objeto de tratamiento específico por su interés a efectos de esta investigación, siguiendo su catalogación clásica (y consagrados todos ellos en el Título “Justicia” de la Carta) el derecho de defensa en sentido amplio, las garantías probatorias, el derecho a la presunción de inocencia, el *ne bis in idem*, y por último, el derecho a la tutela judicial efectiva.

La exposición no seguirá el orden de la Carta, criticable desde una perspectiva terminológica y sistemática. Sería absurdo desarrollar una dimensión europea del derecho de defensa postergando el estudio de la defensa técnica a la garantía más genérica u omnicomprensiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Se descarta también el orden seguido por el elenco de derechos del CEDH en relación al proceso equitativo, por estimar más razonable tratar de forma conjunta los derechos de información e interpretación, (art. 6.3 a) y e) y postergar derecho a la prueba, art 6.3 d) al análisis de garantías probatorias.

Se acomete así, en primer lugar el análisis del derecho de defensa en sentido amplio, afrontando las distintas vertientes del mismo y los derechos interrelacionados con aquel desde una suerte de orden cronológico que permita el análisis sucesivo de las Directivas recientemente aprobadas en la materia (atendiendo a su orden de aprobación). Y en primer lugar, se desarrollarán los derechos ya presentes en la fase de preparación de la defensa y luego los de ejercicio de la misma *stricto sensu*. Y desde esa primera fase preparatoria, se analizará el derecho a la interpretación y traducción y los derechos de información (aunque obviamente trascienden de dicha finalidad preparatoria y se prolongan más allá del momento inicial del procedimiento), y luego con ocasión del ejercicio de la defensa *stricto sensu* se abordará el análisis de la autodefensa, el derecho de asistencia jurídica gratuita, el derecho a guardar silencio y no inculparse en su declaración así como el derecho a la asistencia técnica letrada. Concluye con una especial referencia a la defensa del derecho a la libertad en relación con la orden de detención como instrumento paradigmático en el ámbito de la UE y auténtico campo de pruebas en materia de garantías.

A continuación se examinarán pormenorizadamente las restantes garantías clásicas: garantías probatorias, presunción de inocencia, *ne bis in idem* y por último el derecho a la tutela judicial efectiva (intrínsecamente ligado al derecho al juez independiente e imparcial determinado por la Ley).

Pese a ser igualmente garantías procesales de gran trascendencia, no se incluye en este estudio de forma separada el análisis del derecho a la doble instancia penal ni el principio de legalidad y proporcionalidad penal, (como tampoco el principio de publicidad del proceso y derecho a la ausencia de dilaciones indebidas), entendiendo que su análisis es menos revelador desde la perspectiva que nos ocupa, (centrada en la instrucción penal) y habida cuenta que se abordará su estudio en relación y con ocasión del examen de las restantes garantías.

Resulta especialmente adecuado tratar en último lugar el derecho a la tutela judicial efectiva por su interrelación con las anteriores garantías y su globalidad, permitiendo su análisis alcanzar conclusiones generales dimanantes del estudio de todas ellas y en directa relación con la nueva configuración de las funciones tutelares del juez.

Ha de ponerse de manifiesto que pese a la dificultad obvia de acometer el estudio separado de cada garantía (dada la íntima interrelación de todas ellas, especialmente desde la perspectiva jurisprudencial) y exigiendo ello el esfuerzo adicional de soslayar

reiteraciones innecesarias, sin sesgar la necesaria dimensión global del análisis, se ha optado por dicha forma de exposición a los efectos de permitir el análisis de las novedades legislativas y jurisprudenciales de cada una, atendida su mayor o menor “europeización”, de suerte que pueda alcanzarse en las conclusiones finales un juicio crítico bien documentado, sobre el nuevo escenario de tutela de un proceso justo o debido (“con todas las garantías”, en terminología de nuestra CE).

En cuanto a la titularidad de tales derechos o garantías, sin perjuicio de que su concreta dimensión subjetiva sea desarrollada en su análisis pormenorizado, (matizando en cada caso si se incluyen o no las personas jurídicas) se adopta en este estudio la perspectiva estricta del sujeto pasivo del proceso penal (excluyendo por tanto a víctimas y perjudicados) y durante la fase propia de instrucción. No es fácil optar por una terminología bien definida de éstos, cuando el propio CEDH utiliza el término “acusado” en su artículo 6 CEDH en sentido amplísimo, como así también (recepcionando la doctrina del TEDH) la propia Carta (que en el artículo 48 en cuanto a la presunción de inocencia y derechos de defensa utiliza dicho término mientras que en los artículos 47 y 50 extiende su titularidad con conceptos subjetivos genéricos como “toda persona” y “nadie”). La ausencia de rigor terminológico en el ámbito de la UE (evidente no sólo en la Carta sino también en los instrumentos de derecho derivado- que mayoritariamente optan por el concepto de sospechoso/acusado-) se mantiene en la propia jurisprudencia del TJ.

La interpretación extensa del término “acusación” en el ámbito europeo (también asumida recientemente por el legislador de la UE), comprende en su aplicación a cualquiera que se halle inmerso en un proceso con independencia del estadio procesal en que el mismo se encuentre y sin sumisión expresa a formalismos procesales. De hecho, el TEDH ha considerado expresamente estas garantías plenamente aplicables en fase de instrucción, huyendo de un concepto de acusado en un sentido formal, señalando que se trata una noción revestida de un “sentido autónomo” en el contexto del Convenio y no sobre la base de su sentido en el derecho interno y señalando que constituirá acusación no solo la notificación oficial reprochando la comisión de una infracción sino toda medida que suponga repercusiones importantes para la situación del sospechoso.

En el ordenamiento español con carácter general se reserva a lo largo de la LECRIM el término “acusado” para el momento procesal en que se ha formalizado ya la acusación frente al hasta entonces “imputado” o “procesado” (mediante el escrito de

acusación en el Procedimiento abreviado y de calificación en el Ordinario). El concepto de “acusado” de la Carta y el CEDH abarca las referidas categorías en sentido amplio.

Nótese que las recientes Directivas en la materia se refieren a “sospechosos y acusados” en sentido genérico como titulares de dichas garantías a lo largo de todo el proceso penal, por lo que en su análisis se respetará dicha terminología.

Sin embargo, a efectos de nuestro ordenamiento nacional, para identificar stricto sensu el sujeto pasivo de esa primera fase del proceso, parece razonable acudir a los términos “sospechosos” (utilizado por las nuevas Directivas) pero más generalmente “imputados”, (este último actualmente en vigor en nuestro ordenamiento) reservando el concepto de “acusado” para estadios posteriores, siguiendo así nuestra tradición nacional. Ha de señalarse que la vigente LECRIM (quizá por poco tiempo) ha venido designando al sujeto contra el que se dirigen las actuaciones con pluralidad de términos (inculcado, presunto culpable, presunto reo) generalizando el término “imputado” durante la fase de instrucción. Sin embargo, en una novedosa iniciativa, el actual legislador español, expresamente prevé la futura sustitución de los vocablos “imputado” y “reo” por los de “investigado” y “encausado”, que considera de mayor neutralidad, evitando el estigma social implícito en la actual terminología. (Así lo preveía el Proyecto del Código Procesal Penal así como el actual Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica).

METODOLOGÍA

Desde un punto de vista metodológico, habiéndose puesto de manifiesto la directa subordinación del objeto de este estudio a los vaivenes de la actualidad legislativa y judicial, en un doble ámbito europeo y nacional, ha sido prácticamente frenética la sucesiva modificación y sustitución de las fuentes de derecho y documentación imprescindible para acometer la presente investigación. Ha sido por ello imperativo para el manejo debidamente actualizado de las mismas el acceso casi diario a las websites oficiales (tanto propias de las instituciones de la UE, y del Consejo de Europa, como del Ministerio de Justicia, así como al BOE, Intranet del Poder Judicial y Prontuario Judicial de la misma). Y en cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales, (habiéndose resuelto alguna de las más relevantes cuestiones prejudiciales ante el TJ en esta materia precisamente durante el desarrollo de este trabajo) ha sido exigencia obligada el acceso a los repertorios y bases de datos, tanto del TJ como del TEDH y de los Tribunales nacionales (sobre todo el TC y TS), estos últimos en el CENDOJ.

Precisamente una de las principales dificultades desde el punto de vista investigador (casi convertida en “desesperante desafío”), ha sido la constante recopilación, actualización, comparación y análisis de dichas fuentes, exigiendo de forma paralela a su evolución y cambio, la propia modificación y reformulación del objeto de análisis y conclusiones del mismo.

Esta actividad investigadora se ha desarrollado en forma simultánea, de un lado acometiendo una labor bibliográfica exhaustiva de profundización en el tema desde una perspectiva teórico-dogmática, mediante un pluridisciplinar, pero no por ello menos pormenorizado, estudio doctrinal en materia de Derecho Europeo (con especial incidencia en su evolución posterior a Lisboa) y Derecho Internacional Público, así como de nuestro ordenamiento interno, tanto en materia de Derecho Procesal Penal como también Constitucional. Igualmente ha sido frecuente el acceso a un conjunto prolífico de reveladores y sugestivos artículos doctrinales publicados a tenor de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales permitiendo así una valoración crítica de la materia sopesando muy diferentes puntos de vista.

Y de otro lado, desde una perspectiva empírica, atendiendo a la directa observación de la propia praxis jurídica de los distintos operadores jurídicos, con ocasión del desarrollo de funciones jurisdiccionales en el propio ámbito objeto de estudio (en un Juzgado de Instrucción), afrontando a diario los problemas surgidos de la práctica judicial en relación directa con las diligencias de instrucción en curso, y con plena receptividad ante la experiencia, criterio personal y profesional tanto de jueces y magistrados como fiscales, secretarios judiciales, abogados, procuradores y sobre todo, desde una irrenunciable y obligada sensibilidad frente a las necesidades e inquietudes concretas de los propios sospechosos/ imputados en el seno del proceso penal.

Se ha equilibrado así el estudio dogmático y teórico con la práctica procesal y conocimiento directo del proceso penal en el ámbito nacional y los retos planteados de forma incesante por la propia realidad de los Juzgados nacionales, muy especialmente en funciones de guardia, (en que ha de extremarse la tutela de los derechos fundamentales del imputado, en su calidad de detenido). Para su mejor comprensión global, se han realizado multitud de consultas y entrevistas informales a los diversos operadores jurídicos, en combinación con un detenido análisis de actuaciones judiciales (Sumarios y Diligencias previas). En su examen se ha prestado especial atención no sólo al reflejo formal en los autos del iter procesal plasmado en ellos, sino a las circunstancias periféricas a su tramitación esenciales a efectos tutelares. Destacan entre ellas: el volumen de trabajo efectivo y los recursos materiales y personales del

Juzgado, la dinámica del Juzgado de Guardia, la calidad de la atención del personal del mismo al imputado/detenido y a su letrado, las actuaciones de éste último así como de los intérpretes y traductores, el recurso efectivo a los instrumentos de cooperación internacional y la ejecución de los mismos en materia probatoria y en general, lo que se viene entendiendo en sentido amplio como análisis del *usus fori* en directa relación con el tema expuesto y siempre desde la superior perspectiva tutelar de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de preceptiva salvaguarda.

PARTE I. EL INICIO DEL CAMINO: TRAZANDO LA SENDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES (Avances legislativos y jurisprudenciales de la UE en el tercer pilar)

La cuestión planteada en esta tesis exige en primer lugar y de forma irrenunciable el examen del marco jurídico institucional preexistente a la relevante reforma operada en la UE a resultas de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Para explicar adecuadamente la evolución realizada desde la perspectiva del tratamiento en su seno de las garantías procesales, ha de partirse del estudio de la situación previa, las necesidades y problemática surgidas en la misma y sus propuestas de solución, justificando así desde una múltiple perspectiva esencialmente técnico jurídica pero también histórica e ideológica, el nuevo rumbo asumido por la UE en esta materia.

Es preceptivo a tal fin, acometer ahora el análisis del desarrollo del tercer pilar en materia de cooperación judicial penal, de los logros y carencias de esos primeros instrumentos jurídicos animados por el principio de reconocimiento mutuo, de la operatividad real del mismo y de las iniciativas legislativas y jurisprudenciales surgidas en dicha etapa en materia de armonización de garantías procesales penales. Sólo así podrá explicarse adecuadamente la legitimidad, el origen, y la fundamentación tanto formal como jurídico sustantiva del inicio en el seno de la UE de una normativa y doctrina jurisprudencial del TJ, (siquiera embrionaria), en materia de derechos fundamentales procesales penales, materia tradicionalmente reservada a la soberanía estatal e ignorada históricamente a lo largo del devenir de la construcción del Proyecto europeo.

¿Se había generado en la etapa previa al Tratado de Lisboa, el germen de un futuro Derecho Procesal Penal europeo en el seno de la UE en materia de garantías penales? De forma cautelosa pero decidida podría calificarse esta etapa como el “inicio del camino”, la formulación de una efectiva apuesta en materia de defensa jurisdiccional de derechos fundamentales procesales de complejos desafíos aún sin especificar y con un largo itinerario aún por recorrer.

1.- LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UE: CONSOLIDANDO EL TERCER PILAR

Tradicionalmente marginada de la actividad y regulación propiamente comunitaria, la cooperación en materia de Justicia e Interior (materia sensible a la monopolización “soberana” de los Estados miembros), sufrió un cambio cualitativo de

relevancia al consagrarse en el Tratado de Maastricht, (1992)¹ la estructura de los tres pilares, uno de ellos reservado a tal cooperación con un régimen propio, ajeno al comunitario y a medio camino entre el principio internacional clásico y el de supranacionalidad.

Ya con la sucesiva aprobación del Tratado de Ámsterdam,² firmado el 2 octubre 1997 (y en vigor el 1 mayo de 1999), los asuntos de Justicia e Interior se dividieron entre el primer y tercer pilar. Con ello, una parte de las materias que venían formando parte de ese tercer pilar se “comunitarizaron” (a través del llamado “sistema de pasarela”, pasando a regularse en el Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) en esa nueva versión consolidada, integrándose en el primer pilar o pilar comunitario). Concretamente fueron las relativas a asilo, visados, inmigración, cooperación judicial civil, (e incluso algunas mínimas cuestiones de cooperación policial y judicial penal en aspectos directamente vinculados a la libre circulación de personas). Se mantuvo sin embargo la rigidez propia de los procesos de toma de decisión (sujetos a unanimidad del Consejo) y se fijaron ritmos de incorporación graduales.

El grueso de la restante materia relativa a la cooperación judicial en materia penal se mantuvo en el Título VI del TUE (Tratado de la Unión Europea) en esa nueva versión de Ámsterdam, (en coherencia con la lógica propia de aquel tiempo en que era considerada por los Estados miembros parte del núcleo duro de la soberanía estatal). Se mantuvo como política propia de cooperación intergubernamental pero incorporando novedades que potenciaron definitivamente su eficacia. Y así, se establecieron instrumentos jurídicos que gozaban de una suerte de naturaleza híbrida: comunitaria e intergubernamental.

Desaparecieron las Acciones comunes introducidas en Maastricht (cuya eficacia vinculante había sido puesta en tela de juicio), manteniéndose las Posiciones comunes destinadas a expresar el enfoque de la Unión sobre un punto concreto, así como las Decisiones y los Convenios como instrumentos clásicos de cooperación intergubernamental que permitían un control estatal pleno al precisar de ulterior ratificación, (flexibilizada dicha exigencia al permitirse la entrada en vigor con la ratificación de la mitad de los Estados).

¹ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 191 de 29 de julio de 1992).

² Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 340 de 10 de noviembre de 1997).

Destacaron como instrumento jurídico “estrella” en la materia las DM (Decisiones Marco) como cauce de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, obligatorias en todos sus elementos y para todos sus destinatarios pero sólo en cuanto al resultado. Los Estados miembros mantenían la libertad de elección sobre la forma y medios para incorporarlos a su legislación interna. El Tratado precisaba su ausencia de efecto directo pese a lo cual, por vía jurisprudencial (en la histórica Sentencia *Pupino*³), el TJ (Tribunal de Justicia) dispuso su carácter vinculante formulado en términos idénticos a los establecidos por el TCE respecto de las Directivas, (art. 249 TCE).

Igualmente supuso un cierto avance la sobrevenida competencia del TJ para pronunciarse con ocasión de una decisión prejudicial, sobre la validez e interpretación de las DM, Decisiones, Convenios y medidas de aplicación, a instancia de cualquiera de los Estados, siempre que hubieran aceptado su competencia prejudicial. Se permitía así un control de legalidad de tales instrumentos y una vía de resolución judicial de litigios entre Estados miembros sobre ese tercer pilar. Bien es cierto que ese control judicial era más limitado que en los restantes ámbitos, en tanto que exigía esa previa sumisión por parte de los Estados miembros, reconocía una limitada iniciativa de la Comisión a efectos de legitimación activa ante el TJ, así como otorgaba preferencia a la negociación y solución política en los litigios entre Estados, pese a lo cual, sin duda suponía un paso adelante alejando tales instrumentos jurídicos de sus iniciales características netamente intergubernamentales.

De otro lado, a resultas del Tratado de Ámsterdam y mediante el Protocolo 2º anejo al mismo, se integró el Acervo de Schengen en el marco institucional de la UE⁴.

³ Asunto C-105/03, *Procedimiento penal entablado contra María Pupino*. (Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Firenze – Italia), STJ (GS) de 16 de junio de 2005, (ECLI: EU: C: 2005:386).

⁴ El patrimonio jurídico denominado Acervo de Schengen integra: El Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 en la ciudad luxemburguesa que le da nombre, por los Estados que forman la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, el Convenio de Aplicación del anterior Acuerdo, suscrito el 19 de junio de 1990 (en adelante, “el Convenio”), que establece medidas de cooperación para neutralizar la desaparición de esos controles y los protocolos y los instrumentos de adhesión de otros Estados miembros, las declaraciones y los actos adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio, así como los dictados por las instancias a las que ese Comité asigne competencias decisorias. El Protocolo (nº 2) anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, “el Protocolo”) incorpora el descrito bloque al marco de la Unión, rigiendo, según su artículo 2, apartado 1, párrafo primero, en los trece Estados enumerados en el artículo 1, desde la vigencia del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999). Nótese que la Decisión 2007/801/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 2007 ha ampliado notablemente el ámbito territorial del Acervo, al declarar aplicables plenamente sus disposiciones a la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca. El Reino Unido y la República de Irlanda no se han asociado por completo a este proyecto común, optando por una participación puntual. La República de Chipre, la República de Bulgaria y la República de Rumanía, si bien quedan vinculadas por el citado cúmulo de normas tras su ingreso en la Unión Europea, requieren la mediación del Consejo, para comprobar el cumplimiento de las condiciones

Unas materias se comunitarizaron y otras se integraron en el tercer pilar, desapareciendo el sistema orgánico de Schengen que fue sustituido por el sistema institucional de la UE. Ya en ese momento, se inició el tratamiento excepcional (que continúa hoy) de algunos socios europeos (RU, Irlanda y Dinamarca) que ha venido a permitir el avance a *dos velocidades* en la progresiva construcción del ELSJ (Espacio de Libertad Seguridad y Justicia).⁵ Se asumió como sacrificio alternativo a un eventual estancamiento en la materia ante las reticencias de tales Estados miembros. Se fijó por ello una participación desigual, quedando inicialmente fuera del Acervo Schengen el RU e Irlanda, reservándose una eventual participación posterior, (de que han hecho uso). También Dinamarca se acogió a un régimen especial.

Fue complejo integrar dicho Acervo en el marco de la UE pero permitió la supresión de los controles en fronteras interiores. Dio lugar a un complejo entramado jurídico que se completó con el SIS (Sistema de Información Schengen), pieza clave para ELSJ⁶.

El Título VI del TUE, introducido en Ámsterdam y dedicado a la cooperación policial y judicial en materia penal, fijaba el objetivo de ofrecer a los europeos “un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia”, (art. k.1). Existía un acuerdo entre los socios europeos de los Estados miembros en temas básicos: agilizar los procedimientos de extradición, compatibilizar las normas penales (sustantivas y procesales), resolver los conflictos de jurisdicción y en su caso, establecer normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas (art.k.3).

A tal efecto se siguió una doble estrategia legislativa consistente de un lado en la aproximación de Derecho Penal *sustantivo* en las áreas más sensibles y necesitadas

necesarias para su aplicación. A su vez, entre los países no pertenecientes a la Unión Europea, el artículo 6 del Protocolo compromete a la República de Islandia y al Reino de Noruega en la ejecución y el desarrollo del Acervo de Schengen, países en los que está vigente desde el 25 de marzo de 2001. Existe, además, un Acuerdo de asociación con Suiza para la ejecución, la aplicación y el desarrollo de dicho Acervo, habiéndose adherido recientemente el Principado de Liechtenstein. (2007/801/CE. Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2007, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, (DO L 323 de 8 de diciembre de 2007, pp. 34/39).

⁵ Denominación acuñada por el fallido Tratado Constitucional: Proyecto de Tratado por el que se Instituye una Constitución para Europa adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. Presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003, (DO C 169 de 18 de julio de 2003, pp. 1/150).

⁶ El SIS cuenta con un fichero informatizado que permite a las autoridades competentes de los Estados miembros disponer de información, estando hoy vigente el de la segunda generación, SIS II. (Reglamento (UE) n° 1273/2012 del Consejo, de 20 de diciembre de 2012, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (refundición), (DO L 359 de 29 de diciembre de 2012, pp. 32/44).

de intervención a esta escala supranacional y en cuanto al ámbito *procesal penal* se circunscribió a la aprobación de instrumentos basados en el principio de *reconocimiento mutuo* con la finalidad de facilitar el intercambio y libre circulación de resoluciones judiciales en el Espacio Judicial Europeo.

La actividad legislativa fue sin duda fructífera aunque no exenta de polémicas. De un lado se dictaron una suerte de DM para la aproximación de las normas penales sustantivas relativas a delincuencia organizada y terrorismo. Ante la existencia de tales nuevas necesidades legislativas sentidas de forma casi unánime en todo el entorno europeo, (que venía exigiendo una regulación más detallada y adaptada a las exigencias de seguridad), parecía razonable establecer un marco similar más homogéneo a nivel europeo que actuase como sólido cimiento del principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Pese a ello, algunos Estados mantuvieron sus reticencias considerándolo una *intromisión* en materia de política criminal, ámbito que deseaban reservar a su radio de acción estrictamente nacional.⁷

En segundo lugar, se adoptaron una larga serie de DM para optimizar los mecanismos de reconocimiento mutuo a los efectos de facilitar el intercambio de resoluciones judiciales en el territorio europeo. Y así, para definir el principio de reconocimiento mutuo, la Comisión en el año 2000 publicó una Comunicación manifestando que “utilizando conceptos que han funcionado muy bien en la creación del mercado único, surgió la idea de que la cooperación judicial también podría beneficiarse del concepto de reconocimiento mutuo que, simplificando, significa que una vez adoptada una medida, como una resolución dictada por un Juez en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estados miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros y surtirá allí los mismos efectos o al menos similares”.⁸

Precisamente en relación a esa segunda iniciativa y para garantizar un sustrato de *confianza mutua* indispensable para la operatividad del reconocimiento mutuo se propugnó (decididamente por la Comisión y con la férrea oposición de algunos Estados)

⁷ No en vano el principio de reconocimiento mutuo tiene su origen durante la presidencia británica, propuesto en el Consejo Europeo de Cardiff de 15 y 16 junio de 1998 precisamente ante el temor de que prosperase la vía de la armonización, que podría perjudicar al sistema de *Common Law* frente al continental.

⁸ Libre circulación de sentencias o resoluciones judiciales, en un lenguaje de la Comisión ciertamente criticable como *mercantilista*, tal y como deriva de dicho texto que aclara que el principio de “reconocimiento mutuo”, prestado de conceptos utilizados en la creación del mercado único es una de las piedras angulares de la Comunidad Europea. Asegura, entre otras cosas, que los bienes y servicios que cumplen determinada normativa en un Estado miembro puedan *ofrecerse libremente* en toda la Comunidad Europea. (resumen de la Comunicación de 26 de julio de 2000 disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-842_es.doc(última consulta el 20 enero de 2014).

la armonización también en materia de garantías procesales (o derechos fundamentales procesales), dando lugar así a la más importante propuesta legislativa en la materia en el ámbito de ese tercer pilar. Se intentaba con ello reequilibrar el impacto de la acción legislativa en materia procesal penal (estabilizando la balanza entre principios de seguridad y libertad).

El Tratado de Niza de 26 febrero de 2001⁹, había introducido las cooperaciones reforzadas (llamadas “opciones a la carta”) mediante las que determinados Estados podían incrementar sus compromisos avanzando más rápida y eficazmente de forma sectorial. Ya en Ámsterdam se había apuntado tal posibilidad que este Tratado clarifica y sistematiza, dando más eficacia a su régimen jurídico sobre todo en el tercer pilar. A su vez se consagró Eurojust como unidad de actuación dotada de personalidad jurídica propia cuya finalidad es impulsar la cooperación entre autoridades judiciales y otras competencias de los Estados miembros encargadas de la persecución penal, colaborar en investigaciones relacionadas con la delincuencia transfronteriza y en especial en los casos de delincuencia organizada y cooperación con la Red Judicial Europea para facilitar la ejecución de comisiones rogatorias o de las solicitudes de extradición, (art.31 TUE).¹⁰

⁹ Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de febrero 2003. (DO C 80 de 10 de marzo de 2001).

¹⁰ En el frustrado Tratado Constitucional, (Proyecto firmado en Roma el 29 de octubre de 2004), se preveía la desaparición de esta estructura de pilares y el ELSJ se configuraba como competencia compartida entre Unión y los Estados sistematizándose los ámbitos materiales de ese espacio, unificando las fuentes en todos los ámbitos, (adoptando una nueva terminología que luego no prosperó: ley europea, ley marco europea, (actos legislativos) y reglamento europeo, decisión europea, reconocimientos y dictámenes (estos como actos no legislativos) y se fijaba la competencia del TJ en todas decisiones del ELSJ (manteniendo el límite en el control de validez o proporcionalidad de operaciones de policía y supuestos de orden público o salvaguardia de la seguridad interior). La mayoría de estas novedades fueron “rescatadas” en el Tratado de Lisboa como veremos. Entre la vastísima bibliografía sobre la fallida “Constitución Europea” y sin ánimo exhaustivo destacan: ALDECOA LUZARRAGA, F., *Una Europa. Su proceso constituyente*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2003; ALONSO GARCÍA R. y SARMIENTO, D., *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005; CALONGE VELÁZQUEZ, A., (coord.): *La constitucionalización de Europa*, Editorial Comares, Granada, 2006; CLAES, M., *The National's Court's Mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006; CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004; DE SCHUTTER, O., y NIHOUL.P., *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2004; DE WITTE, B. (dir.), *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2003; LÓPEZ CASTILLO, A., *La Constitución de Europa a debate: estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; LÓPEZ PINA, A., *Europa, un proyecto irrenunciable. La constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004; LUCARELLI, A. (y otros), *Dal Trattato costituzionale al trattato di Lisbona. Novi studi sulla costituzione europea*, Edizione scientifiche italiane, 2009; MANCINI, G. F., “The making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, pp. 595-614; MANGAS MARTÍN, A., *Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional Europeo sobre la constitución española*, Pacis Artes, Civitas, Madrid, 2005; MANGAS MARTÍN, A., *La constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005; MÉNDEZ DE VIGO, I., *El rompecabezas: Así redactamos la Constitución Europea*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; MARTÍN DÍZ, F. (coord.), *Constitución Europea. Aspectos históricos, administrativos y procesales*, Tórculo ediciones, 2006; RIDEAU, J., (y otros), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*. Bruylant, Bruselas, 2009; VIDAL BENEYTO, J. (coord.), *El reto constitucional de*

Progresivamente en el marco de ese tercer pilar dentro de la regulación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) diseñado en el Tratado de Ámsterdam, (y con los retoques posteriores de Niza), se acometió ese doble objetivo de desarrollar la cooperación policial y judicial penal y aproximar las legislaciones penales para la lucha contra la delincuencia transfronteriza grave dentro de ese marco de cooperación intergubernamental. Según las disposiciones del Título VI del TUE (en su redacción anterior a Lisboa) y habiendo quedado el Acervo Schengen integrado en el marco institucional y jurídico de la UE a título de cooperación reforzada cuyas bases jurídicas se habían repartido entre ese tercer pilar y el comunitario.¹¹

Con ocasión del desarrollo normativo del tercer pilar se inició un imparable camino (no exento de dificultades) de consagración de instrumentos (DM) que basados en el principio de reconocimiento mutuo daban impuso decidido a la aún incipiente pero progresiva construcción de ese ELSJ en Europa. Sin duda alguna el procedimiento *estrella* fue el que instauró la llamada *euroorden* (Orden de detención y entrega regulada en DM 2002/584 JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega).¹² Dicho instrumento ha hecho correr ríos de tinta desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial siendo evidente su afección a las garantías procesales de los sujetos pasivos del proceso penal. Su aprobación sirvió como una suerte de “pistoletazo de salida” para la sucesiva aprobación e implementación en los correspondientes ordenamientos nacionales de numerosas DM

Europa, Dykinson, Madrid, 2005; WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe “Do the New Clothes Have an Emperor?” and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; ZAGREBELSKY, G. (dir), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Editori Laterza, Roma, 2003; ZILLER, J., *L’eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la constitution pour l’Europe*, L’Harmattan, Paris, 2003. También muy interesante sobre la evolución institucional previa a Lisboa los análisis de: CANEDO ARRILAGA, J.R. y GORDILLO PÉREZ, L.I., “Los derechos fundamentales en la UE a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39, 2008, pp. 27-59; LEJEUNE, Y., *Le Traité d’Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruselas, 1998; MATÍA PORTILLA, F.J., “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 39, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 255-275; RIDEAU, J. (dir.), *Les états membres de l’Union Européenne, adaptations, mutations, résistances*, L.G.D.J., Paris, 1997; WEILER, J.H.H., “La arquitectura judicial después de Niza” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 469 y ss.

¹¹ Otra iniciativa importante en cuanto a los intereses financieros europeos y para establecer una protección jurídica frente a graves infracciones financieras y tutela del presupuesto de la Unión fue el *Corpus Iuris* del año 2000 que supuso una pequeña revolución en aspectos internacionales de Derecho Penal y procesal penal en relación con el hasta entonces contenido clásico de derecho procesal penal internacional, articulando el Derecho Penal y procesal en siete principios fundamentales (tres estrictamente procesales) a saber: el principio de territorialidad europea, principio de garantía judicial y principio de contradicción del proceso al que habría de añadir el principio de aplicación complementaria del derecho nacional. Tales principios se consideraban comunes y reconocidos por las constituciones de todos los Estados miembros y resultado de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos. (Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., “La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude” (el Proyecto “Corpus Iuris”), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2000, pp.139 y ss).

¹² DM 2002/584/JAI: 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 - Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión Marco (DO L 190 de 18 de julio de 2002, p. 1/20).

que, igualmente basadas en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, trataban de crear un espacio europeo privilegiado (“excesivamente simplista” para algunos Estados reticentes) de cooperación penal bajo los principios de eficacia y seguridad (y en menor medida, como veremos, también de libertad y justicia).¹³ De forma paralela, fueron aprobándose DM de armonización también en relación al Derecho Penal sustantivo.¹⁴

Así pues, en el campo de la cooperación penal se fue imponiendo (por criterios de eficacia) la idea de generalizar una vía de transmisión directa entre autoridades judiciales en relación de las solicitudes de asistencia judicial internacional, obviando la intervención de una autoridad central. Esta nueva tendencia supuso un avance desde el punto de vista operativo, facilitando la remisión de solicitudes de asistencia y documentación, permitiendo el desarrollo del auxilio judicial de conformidad con los trámites indicados por el Estado requirente y regulando formas específicas de asistencia como los Equipos conjuntos de investigación, así como entregas vigiladas,

¹³ Destacan entre tales instrumentos normativos: 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 2003, pp. 45/55); Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. (DO L 76 de 22 de marzo de 2005, pp. 16/30); Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. (DO L 328 de 24 de noviembre de 2006, pp. 59/78); Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros. (DO L 93 de 7 de abril de 2009, pp. 23/32); Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal. (DO L 220 de 15 de agosto de 2008, pp. 32/34); Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. (DO L 327 de 5 de diciembre de 2008, pp. 27/46); Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas. (DO L 337 de 16 de diciembre de 2008, pp. 102/122); Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. (DO L 350 de 30 de diciembre de 2008, pp. 60/71); 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, pp. 72/92); Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. (DO L 81 de 27 de marzo de 2009, pp. 24/36) y Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. (DO L 328 de 15 de diciembre de 2009, pp. 42/47).

¹⁴ Destacan entre ellas, la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. (DO L 335 de 11.11.2004, pp. 8/11) y Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza. (DO L 210 de 6 de agosto de 2008, pp. 1/11). No es este el lugar de efectuar un elenco exhaustivo ni un análisis detallado de tales instrumentos, sin perjuicio de volver más adelante sobre los más significativos, (vgr. euroorden, exhorto de obtención de pruebas y DM sobre conflictos de jurisdicción), con ocasión del posterior estudio pormenorizado de las garantías procesales a que tales normas afectan directamente.

investigaciones encubiertas, intervención de telecomunicaciones y generalización del recurso a la videoconferencia.

Incrementando esa *judicialización* en la cooperación, y partiendo de la *diversidad* (a veces casi irreconciliable), entre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, la decidida apuesta por el reconocimiento mutuo en el ámbito del desarrollo de instrumentos normativos en el tercer pilar, marcó una nueva fase en la construcción penal permitiendo afrontar un futuro que perfilase una auténtica política criminal europea¹⁵

Los negociadores de Ámsterdam alertados ante los peligros de una “Europa-fortaleza” parecían buscar equilibrio entre las finalidades de seguridad y justicia, (ex art. 29 del TUE, quedando vinculados en un trinomio seguridad-justicia- libertad). Pese a ello las primeras DM privilegiaban más la vertiente seguridad, priorizando los estándares europeos más represivos y menos garantistas.

Y así, basadas en el principio de *disponibilidad* de la información se dictaron una serie de DM sólidamente arraigadas en el principio de seguridad y favorecedoras de la perseguibilidad penal en el Espacio Europeo¹⁶. En tal sentido, destaca la DM 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal¹⁷.

Destaca especialmente la DM 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (con origen en el tan denostado Convenio de Prüm)¹⁸ y animada por ese principio de disponibilidad junto con

¹⁵ Supone un cambio en el modelo de Derecho Penal Europeo como evolución del modelo cooperativo hacia una forma mixta y subsistemas, (vid. SIEBER, U., “El futuro del Derecho Penal Europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo” en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN A. (dirs.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Graficas Cuenca SA, Cuenca, 2010, pp. 153-223.

¹⁶ Vgr. Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DO L 105 de 13 de abril de 2006, pp. 54/63) y DM 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 386 de 29 de diciembre de 2006, pp. 89/100). Esta norma establece ciertas cautelas en un sentido más garantista.

¹⁷ DM (citada en nota 13), que completaba la propia normativa en la materia ya existente en el SIS, Europol Eurojust y el SAS (Sistema de Información Aduanero) ya que la Directiva preexistente en la materia solo se aplicaba en ámbito del primer pilar.

¹⁸ Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación de España publicado en BOE núm. 307, de 25 de diciembre de 2006, pp 45524-45534, (Ref. BOE-A-2006-22583).

el de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y en menor medida, el de armonización de la legislación penal y procesal. Puede achacarse a estas DM haber incurrido en un cierto “abuso” de las virtualidades del reconocimiento mutuo en detrimento de las garantías de los derechos fundamentales concernidos.

Como excepción, ha de señalarse que (teniendo en consideración la necesaria tutela de derechos fundamentales en el proceso), se introdujo en fase temprana una Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal,¹⁹ a las que han seguido otras (vgr., en materia de cumplimiento de medidas no privativas de libertad en fase previa del proceso), primando reforzar el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, así como en materia de supervisión y ejecución de penas suspendidas y condenas condicionales, (facilitando la reinserción social del condenado, mediante el cumplimiento de sanciones en el Estado de residencia legal, distinto del de condena). De ello ha de concluirse, que la libre circulación de resoluciones judiciales favorecida por la implantación de ese principio de reconocimiento mutuo ha de desplegar una doble eficacia: *represora* (a los efectos de favorecer la eficacia de la persecución penal) pero también *garante* de los derechos procesales de sospechosos y víctimas a resultas de un espacio judicial más operativo.

Precisamente se ha señalado cómo el Derecho Penal no puede ser solamente entendido como “arma de la comunidad” ya que sus objetivos no solo no están en pugna con los derechos fundamentales sino que precisamente sirven a estos últimos y por ello al propio individuo. “El Derecho Penal aparece como consecuencia de la libertad iusfundamental”.²⁰

2.- LA SOLEDAD DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

Y así, el principio del reconocimiento mutuo ya oficialmente instaurado en el Consejo Europeo de Tampere (1999) fue profundizado en el Programa de La Haya

¹⁹ 2001/220/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (DO L 82 de 22 de marzo de 2001, pp. 1/4.)

²⁰ Inspiradamente señala HABÉRLE que: “El Derecho Penal proporciona a los titulares de derechos fundamentales la comprensión sobre el uso “correcto” de la libertad. Así considerado, el Derecho Penal adquiere precisamente desde la propia idea de derecho fundamental, su elevada legitimidad. El Derecho Penal y del Derecho procesal penal se transforma de este modo en un instituto conexo de la libertad (moral) que fortalece, delimita y “llena” a esta”. HABÉRLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dyckinson, Madrid 2003, p. 28.

(2005), (aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004)²¹ unido inseparablemente a esa idea de cooperación judicial potenciada mediante la consolidación de la confianza mutua y el desarrollo paulatino de una nueva cultura judicial europea basada en la diversidad de los sistemas jurídicos y en la unidad del Derecho europeo.

Se erigía el reconocimiento mutuo en *piedra angular* de la nueva construcción y como necesario complemento, la *judicialización* del auxilio internacional en materia penal con una interacción más directa entre autoridades judiciales (o análogas) de los Estados miembros, con un doble efecto positivo de refuerzo de la vertiente garantista de derechos de los sospechosos y acusados. Y así, la intervención preceptiva de la autoridad judicial en tales casos asegura (o debería), un mayor rigor en la estricta aplicación del criterio de legalidad v. oportunidad, "despolitizando" en cierta medida dicha materia y de otro lado, consolidando a su vez el contacto y cooperación entre autoridades similares de Estados miembros permitiendo que, mediante su relación directa (bien que lamentable y mayoritariamente subordinada a la necesidad de intérprete por las diferencias lingüísticas), se vayan salvando los tradicionales obstáculos, prejuicios y reticencias que aún existen a la hora de valorar y ejecutar las resoluciones ajenas, dictadas en sede de ordenamientos jurídicos diferentes y a veces de muy difícil comprensión desde la propia lógica jurídica. Existen grandes diferencias en materia terminológica y procesal que a menudo conllevan una total ignorancia o incompreensión sobre el *iter* previo seguido en el otro Estado por la resolución judicial cuyo reconocimiento y ejecución no sólo se espera, sino que se impone preceptivamente bajo determinadas condiciones, lo que conlleva una inherente dificultad. Era preceptivo por ello, colocar los cimientos de una auténtica confianza mutua en un sentido material (y no como mera presunción *iuris tantum*), como requisito *sine qua non* para que el reconocimiento mutuo desplegara sus plenos efectos.

El lema europeo "Unidos en la Diversidad" evidencia precisamente el presupuesto fáctico del principio del reconocimiento mutuo, cual es la heterogeneidad de los ordenamientos penales –sustantivos y procesales- en el conjunto de la UE y también la diversidad desde el punto de vista de la *praxis* procesal. Para la superación del reto imposible (y no necesariamente deseable), de una intensa armonización legislativa y precisamente como alternativa a la misma, se optó por primar el referido

²¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, "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 – DO C 236 de 24 de septiembre de 2005).

principio. En la disyuntiva creada (quizá artificial o forzadamente), entre reconocimiento mutuo/armonización se optó decididamente por el primero.

Precisamente la eficacia de este principio conlleva que una vez dictadas en un Estado miembro, sus resoluciones judiciales serán válidas y eficaces conforme a lo previsto en su legislación nacional y serán reconocidas y ejecutadas dentro de ese ELSJ en construcción, sin control o con un control limitado por parte de las autoridades del Estado de ejecución en que se pretende su eficacia y con quienes es precisa una concreta cooperación o coordinación al efecto. Se descarta *ab initio* la necesidad de armonizar o dictar normas análogas o similares en el ámbito europeo (para supuestos de especial trascendencia y a los efectos de garantizar la eficacia transfronteriza) de aquellas decisiones o resoluciones judiciales adoptadas con fundamento en esa normativa. E igualmente trata de suprimirse (con mayor o menor éxito), la necesidad de emitir una nueva resolución homologando la anterior, que implique revisión, nuevo juicio de valor o control adicional suplementario en el Estado de recepción/ejecución de una petición de cooperación judicial. El reconocimiento mutuo intenta limitar al máximo esa “revisión” por la autoridad del Estado de ejecución, que habrá de “confiar” o presuponer la validez, necesidad y proporcionalidad de la resolución judicial objeto de *libre circulación* en ese Espacio común y darle cumplimiento.

El reconocimiento mutuo dinamiza esa libre circulación de resoluciones judiciales manteniendo el pleno respeto a las singularidades nacionales (desde la perspectiva del respeto a la riqueza del propio acervo europeo) y partiendo precisamente de esa diversidad como presupuesto y valor positivo. Obviamente la legitimación material en la base de esa eficacia desplegada por el reconocimiento mutuo (“en solitario”), proviene de su necesaria interconexión con otro principio: la *confianza mutua* entre sistemas judiciales, garantizada al menos formalmente en estos instrumentos legislativos y cuya presencia o ausencia, real o material es la clave de la operatividad real o no de los citados instrumentos.

A. Armonización de legislaciones nacionales. ¿Alternativa o complemento del reconocimiento mutuo?

Se ha debatido mucho la compatibilidad o no de la armonización legislativa con el reconocimiento mutuo, (y si ha de ser su necesaria “pareja” o *alter ego*), máxime cuando en el desarrollo de este tercer pilar la opción a favor de la soledad (y en cierto

modo “autosuficiencia”) de aquel se impuso de forma prácticamente completa en la materia que nos ocupa.

La ampliación de la UE (hoy a 28 Estados tras la incorporación de Croacia el 1 de julio de 2013) ha multiplicado el problema subyacente de la existencia de una pluralidad heterogénea de sistemas judiciales nacionales (destinados a interrelacionarse), incrementando las dificultades resultantes de su ausencia de armonización y *por mor* de la multiplicidad de lenguas y ordenamientos jurídicos concurrentes. Como se ha señalado, el preceptivo respeto a su diversidad tiene su contrapartida en la confianza mutua, reforzada por el propio hecho de que las resoluciones objeto de reconocimiento sean precisamente producto de una autoridad con determinadas garantías de independencia e imparcialidad y a la que esté encomendada la salvaguarda última del imperio de la ley y la tutela de los derechos de los justiciables.²²

Junto a la necesaria confianza, predomina el concepto de *efecto equivalente*, que se erige en eje del libre intercambio de resoluciones penales, efecto que no deriva ni se identifica precisamente con una eventual equivalencia de las normas. Más bien lo contrario, la falta de uniformidad de los ordenamientos exige el recurso al principio de confianza apoyado en el fundamento común que constituye su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Condición de su éxito es una *protección equivalente* de derechos en todos los Estados miembros o que se arbitre un sistema supranacional de tutela que procure una protección a nivel europeo.²³

En todo caso la cuestión debatida es si precisamente la idea del reconocimiento mutuo surge de la imposibilidad evidente de la tarea armonizadora a acometer en un espacio tan vasto y heterogéneo como el de los 28 ordenamientos de la UE y como alternativa al mismo o precisamente se mantiene dicha necesidad como complemento esencial y necesario del referido principio, en tanto que único garante *real* de la existencia del preceptivo principio de confianza. Y así se ha dicho que este principio obliga “*por la puerta de atrás... a una armonización de normas dando el segundo paso*”

²² Se viene insistiendo en la necesaria inversión para permitir una *cultura judicial* en la materia y una mayor implicación de los jueces. La Comisión viene estimulando programas en materia de formación de jueces en la materia de forma prioritaria aunque obviamente aún lejos de resultados satisfactorios.

²³ En tal sentido las reformas de Lisboa (otorgando plena eficacia jurídica a la CDFUE (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante también, la Carta) y la proyectada adhesión de la UE al CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos) viene a apuntalar ese principio de confianza en todo el panorama europeo suponiendo un decidido avance hacia una presunción general de tutela efectiva de derechos en todo el ELSJ.

(reconocimiento mutuo) antes que el primero (armonización del derecho material).²⁴ Ha de hacerse hincapié en la naturaleza dinámica de la idea de reconocimiento mutuo y la creciente necesidad de medidas complementarias para avanzar a grados más perfeccionados.

Y ha de compartirse dicha perspectiva doctrinal, entendiendo que la *soledad* del reconocimiento mutuo durante la actividad legislativa propia del tercer pilar ha sido más un pesar obligado por las circunstancias (y la falta de consenso interestatal) que una eficaz independencia, como lo evidencian las irregulares experiencias derivadas de la implementación de las distintas DM en los ordenamientos nacionales y las disfunciones derivadas de la práctica de algunos de estos mecanismos (por todos, la *euroorden*).

Así lo demuestra también la decidida apuesta del legislador europeo tras la reforma en Lisboa apostando por una política legislativa armonizadora (más bien *aproximadora*, y siempre de *mínimos*) precisamente en materia de derechos fundamentales procesales. Ello ha de simplificar igualmente el funcionamiento operativo del reconocimiento mutuo en cuanto a los previos instrumentos normativos ya en funcionamiento, propiciando paralelamente la eventual apertura de enormes posibilidades en posteriores normas con acomodo en dicho principio, simplificadas de este modo, allanando el camino hacia la preceptiva e indispensable confianza.

Precisamente para facilitar la confianza recíproca se ha revelado precisa la adopción de medidas complementarias superando así un concepto de confianza *formal* o puramente *nominal*. Y entre ellas, la armonización o aproximación de legislaciones, ya no como alternativa al reconocimiento sino como su *complemento* necesario.

Las limitaciones o críticas al principio del reconocimiento mutuo habían sido señaladas por la doctrina mayoritaria y efectivamente han sido constatadas desde un punto de vista empírico. Se había puesto de manifiesto la falta de efectividad o utilidad real de este Derecho Penal Europeo al estar formado básicamente por DM privadas de efecto directo (art. 34, número 2, párrafos b) y c) del TUE) y respecto de las cuales la Comisión no podía demandar a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo para obtener de éste una declaración de incumplimiento de sus obligaciones (a diferencia de lo que ocurría en el ámbito comunitario del primer pilar, vgr., recursos por incumplimiento regulados en arts. 226 a 228 TCE). A su vez, a los efectos del recurso de anulación solo estaban legitimados los Estados miembros o a la

²⁴ DE HOYOS SANCHO, M. y AMBOS, K. (coords.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales- Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid 2008 (p. 30).

Comisión (art. 35, núm. 6 del TUE) no el PE (Parlamento Europeo) ni los particulares, que no podían interponer dicho recurso frente a las DM. Ese insuficiente control judicial en relación con tales actos normativos incidió en un déficit de protección jurisdiccional de los particulares en un ámbito tan sensible como el penal.

De otro lado, la cuestión prejudicial solo era una posibilidad cierta para las jurisdicciones de aquellos Estados miembros que hubieran firmado la declaración prevista en el artículo 35, núm. 2 TUE por lo que se habló de una “geometría variable” también en cuanto al reenvío prejudicial. (Y ello sin perjuicio de los propios límites de su ámbito de fiscalización, inherentes al diseño de su estrecho marco).²⁵

B. Reconocimiento mutuo: *¿Cortapisa o aval de garantía para los derechos fundamentales?*

La doctrina ha criticado en ocasiones esa suerte de tratamiento “mercantilista” de las resoluciones judiciales como un *producto* del mercado único europeo²⁶. En todo caso, como se ha reseñado anteriormente incluso desde un punto de vista estrictamente formal, no nos encontramos ante cualquier “mercancía en régimen de librecambio” sino ante resoluciones judiciales emanadas de los poderes legítimamente constituidos en los Estados miembros a los que *per se* ha de amparar una presunción, siquiera genérica, de validez y efectividad como punto de partida necesario de esa preceptiva confianza mutua. Y partiendo de esa presunción (en todo caso *iuris tantum*) de validez y corrección de las resoluciones emanadas por las autoridades judiciales de otros Estados miembros (todos ellos además signatarios del CEDH)²⁷ podría presumirse su preservación en términos generales de los derechos fundamentales, como parte de un orden público europeo. Sin embargo, muchos Estados mantienen una actitud recelosa frente a lo que en ocasiones consideran mero respeto “formal” a los derechos fundamentales en

²⁵ Se intentaron superar estas trabas ya en el fallido proyecto de Tratado Constitucional proyectando una sola tipología de instrumentos legislativos a nivel de derecho derivado (leyes y leyes marco, estas últimas dirigidas a la aproximación de legislaciones y no expresamente privadas de efecto directo). También se preveía la posibilidad de demandar a un Estado miembro por incumplimiento ante el TJ por transposición inexistente, incorrecta o tardía del instrumento legislativo europeo.

²⁶ Asunto 120/78, *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, (*Petición de decisión prejudicial: Hessisches Finanzgericht – Alemania*), STJ de 20 de febrero de 1979, (ECLI: EU: C: 1979:42). Precisamente el origen del principio del reconocimiento mutuo se remonta a esta famosa Sentencia pasando del ámbito de la libre circulación de mercancías a la libre circulación de sentencias. Fue impulsado en distintos Consejos Europeos, desde Cardiff (el 15 y 16 junio de 1998), Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) y Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001).

²⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (Instrumento de Ratificación en España publicado en: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570. Ref. BOE-A-1979-24010). Texto disponible en www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última consulta 12 de enero de 2015).

resoluciones que puedan ser materialmente lesivas de derechos o al menos, dictadas con un nivel muy inferior de tutela que el tolerable por el Estado de ejecución, que se ve forzado a su cuasiautomático “reconocimiento” sin entrar en el fondo del asunto.²⁸

Tiene gran interés y ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales, el análisis de los problemas y eventuales colisiones de derechos fundamentales derivados del reconocimiento mutuo, por ejemplo en materia probatoria (libre circulación de pruebas) e incluso en relación con la libre circulación de datos (con base al señalado principio de disponibilidad), ambos de gran trascendencia durante la instrucción penal. Se ha puesto de manifiesto el intento de “exportación de pruebas” como “producto” del Derecho Penal nacional que podría lesionar el principio de inmediación judicial y complicar la valoración sobre la validez y eficacia de la prueba obtenida en otro Estado y sujeta a distintos requisitos de obtención. En tal sentido se ha apostado por un “modelo tridimensional” como referente necesario a la cooperación judicial penal, no solo bidimensional o interestatal, sino que incluya también los derechos fundamentales de los afectados por las medidas de cooperación señalando el papel relevante que como garante directo e indirecto de tales derechos ha de asumir precisamente el Juez nacional con ocasión del reconocimiento de una resolución jurisdiccional de otro Estado miembro.²⁹

Ha de insistirse en que aunque nos encontremos en el marco del Derecho Penal, no ha de adoptarse como regla general una perspectiva de libre circulación de resoluciones judiciales en una vertiente eminentemente represiva y facilitadora de la extensión extraterritorial del *ius puniendi* de cada Estado miembro, sino que igualmente ha de adoptarse una correlativa visión garantista, atendiendo a que ese “intercambio” de resoluciones en muchas ocasiones puede ser *pro reo* o en todo caso congruente con

²⁸ Las sentencias condenatorias del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) abochornan también a Estados que presumen de garantismo. Y así, vgr. Alemania ha sido condenada por vulnerar el derecho a un juicio justo en relación a la obtención de fuentes de prueba, (*JALLOH v. Alemania*, (GS) nº 54810/00, 11 de julio de 2006, Reports (Reports of Judgments and Decisions) 2006-IX), por duración excesiva proceso, (*SURMELLI v. Alemania*, (GS), nº 75529/01, 8 de junio de 2006, Reports 2006-VII y *SKUGOR v. Alemania* nº 76680/01, 10 de mayo de 2007). También Italia, varias veces por su regulación del proceso en ausencia (en *SEDJOVIC v Italia* (GS), nº 56581/00, 1 de marzo de 2006, Reports 2006-II) e incluso ocho veces en 2006 por duración excesiva de procesos penales. A su vez, España fue condenada entre otras ocasiones en 2006 por vulneración del principio de presunción de inocencia en *PUIG PANELLA v. España* nº 1483/02, 25 de abril de 2006 y Francia por desconocimiento del principio acusatorio (en *MIRAUX v. Francia* nº 73529/01, 26 de septiembre de 2006 y *MATTEI v. Francia* nº 34043/02, 19 de diciembre de 2006) así como el RU por vulneración del derecho a autoincriminarse (*SHANNON v. RU* nº 6563/03, 4 de octubre de 2005) o Bélgica en por desconocer el derecho a un proceso contradictorio, (*COTTIN v. Bélgica* nº 48386/99 de 2 de junio de 2005).

²⁹ Vid. la reflexión al respecto de DE HOYOS SANCHO, M. citando a LAGODNY, BLAKESLEY y VOGEL), *op. cit.*, nota 24 p. 68. En la misma obra, concluía AMBOS, K., citando a ROXIN, que “si el Derecho Procesal penal es Derecho Constitucional aplicado o incluso es calificado como “sismógrafo del sistema constitucional de un Estado” presentaba a la fecha un estado *lamentable* circunscribiéndose a la “simplificación y agilización de la cooperación policial y judicial” (arts. 30 y 31 TUE), pero sin crear simultáneamente un estándar adecuado de Derechos fundamentales”, *ibíd.* p. 25.

la tutela de derechos y libertades no solo de las víctimas del proceso penal sino también de los propios imputados, (que, vgr., verán preservado el derecho a su libertad al permitirse la aplicación extraterritorial de medidas cautelares y punitivas más favorables que las de prisión provisional, así como por la aplicación del *ne bis in idem* transnacional del art 54 del CAAS (Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen)).³⁰

Solo desde esa doble óptica y abandonando prejuicios del pasado será posible avanzar hacia cotas más profundas de integración en esta materia. Y así es obvio que junto al aparente éxito de la idea de reconocimiento mutuo, la reticencia a favor de una eventual armonización, siquiera mínima en materia de garantías procesales (como justo contrapeso a la proliferación de DM de corte represivo) fue evidenciada por el subsiguiente fracaso de la propuesta de la DM de la Comisión en el año 2004 tras haber prosperado sin problemas los otros instrumentos normativos.

En cuanto a la eventual introducción de un freno o *cláusula de salvaguardia* en esas DM, que garantizase el respeto a los derechos fundamentales, es precisamente censurable el tenor literal de la exposición de motivos de algunas de ellas (vgr. en materia de euroorden, embargo preventivo de bienes y sanciones), señalando que: “La presente DM no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo”. Permitía una peligrosa interpretación “literal” que avalaría una exportación en todo caso del propio sistema nacional o constitucional de derechos.

También podría abusarse extensivamente del concepto más amplio doctrinalmente manejado como “orden público europeo”, concepto de gran imprecisión y que vendría a estar formado por el conjunto de derechos y libertades básicas del CEDH y la doctrina jurisprudencial del TEDH así como la jurisprudencia del TJ, el PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en la interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU (Organización de Naciones Unidas)³¹ y, tras Lisboa,

³⁰ Vid. nota 4.

³¹ El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está publicado en *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337 - 9343. (Ref. *BOE-A-1977-10733*). La denominada Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los Estados firmantes a cumplirlos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco de 1945. Sin embargo, los Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos son dos tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966: el

también a tenor de la propia CDFUE (la Carta³²). Era igualmente amplia e indeterminada la referencia de las referidas DM al artículo 6.2 TUE, “a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (y sobre todo, desde las últimas ampliaciones al Este, resultando tal criterio muy poco operativo).

Esa reserva o juicio de “hipotéticas futuras lesiones de derechos y garantías básicas del *orden público europeo*” (y la posibilidad de excepcionar el reconocimiento por tal motivo), constituye igualmente un “cajón de sastre no exento de riesgos” que permite la máxima arbitrariedad judicial nacional, no siempre justificada por la necesidad de tutela y garantía en que se escuda, que obviamente es plenamente válida “in abstracto” como sumisión efectiva al sistema de garantías de derechos procesales, pero difícil de concretar.³³

Y así desde un punto de vista de la práctica judicial no pueden acogerse las tesis doctrinales³⁴ que para activar esa salvaguardia consideran un criterio válido la constatación una condena previa al Estado requirente por parte del TEDH por falta de respeto a los artículos 5 y 6 CEDH si tales déficits no han sido corregidos por sus autoridades nacionales. Y ello si atendemos a las mínimas posibilidades reales que tiene el Juez nacional (vgr. con ocasión de la decisión sobre la entrega en la *euroorden*) de conocer de forma fehaciente (dada la perentoriedad de plazos existentes) no sólo el concreto número de condenas del TEDH a ese Estado emisor sino el motivo real de las mismas, habida cuenta que bien pudieron obedecer a casos aislados e individuales de vulneración de derechos que no obedezcan a motivos normativos o procesales *in abstracto* sino a su torticera aplicación o incumplimiento por parte de las concretas autoridades intervinientes de ese caso concreto e incluso como excepción a la *praxis* generalizada en ese Estado.³⁵

citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

³² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (DO C 326 de 26 de octubre de 2012, pp. 391-407).

³³ En tal sentido señala NIETO MARTÍN, A. en “Modelos de organización judicial en el Derecho Penal Europeo” en NIETO MARTÍN, A. y Díez Pícazo, L.M. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, (pp. 173-4) que: “las similitudes que se han constatado entre el principio de reconocimiento mutuo y el principio de equivalencia, resultan de utilidad para mostrar como resulta totalmente coherente con la lógica del principio de reconocimiento mutuo la introducción de una cláusula de orden público en virtud de la cual la cooperación judicial debe hacerse respetando siempre los derechos fundamentales consagrados en art. 6 TUE. Esta previsión viene a conformar un orden público europeo que permitirá controlar individualmente las solicitudes de cooperación judicial o de reconocimiento de decisiones judiciales”. Pese a suscribir tal opinión, ha de insistirse en la dificultad práctica de conformar ese concepto sin que bajo su paraguas quepan toda suerte de excepciones nacionales.

³⁴ Por todas, DE HOYOS, *op.cit.*, nota 24.

³⁵ Cabría preguntarse, en tal sentido si una previa condena por parte del TEDH a un Estado por torturas o trato degradante a un detenido ha de dejarle para siempre “estigmatizado” frente a sus socios europeos y

Basta constatar la “frivolidad” o “superficialidad” con que algunas autoridades nacionales judiciales han denegado con tal pretexto de *orden público* (tanto europeo o nacional) la entrega con ocasión de una euroorden, para concluir que esa cláusula tan imprecisa no supone un plus de tutela *stricto sensu* de los derechos de los imputados sino una clara vía de escape a las obligaciones derivadas del reconocimiento mutuo como pilar de un ELSJ que algunos Estados siguen rechazando desde una perspectiva de “soberbia jurídica” y subjetiva percepción de la superioridad de su Derecho nacional y constitucional en la materia.

C. Seguridad v. Libertad. La encrucijada de los instrumentos normativos del tercer pilar: *La orden de detención europea como pistoletazo de salida*

El desarrollo legislativo del tercer pilar ha coincidido con el surgimiento de nuevas formas de delincuencia, pudiendo hablarse de una dimensión progresivamente supranacional y también organizada de la misma. El ámbito de un mercado único consolidado, la globalización económica regional y la práctica abolición de controles fronterizos derivados no sólo de la efectividad de la libre circulación de personas, servicios y capitales en el espacio de la UE sino de nuevos nexos de interrelación, como los derivados de las nuevas tecnologías de comunicación e información, permiten hablar también de una “libre circulación de delitos y delincuentes” en su seno. El creciente temor a una delincuencia transfronteriza se ve multiplicado por el terrorismo internacional que a nivel universal impone la prioridad del valor seguridad casi sin excepciones desde el año 2001. Puede afirmarse que se han multiplicado exponencialmente las dificultades de una efectiva perseguibilidad penal en ese Espacio europeo de libre circulación, en que surgen nuevas modalidades delictivas precisamente con plena operatividad transnacional y que además afectan a bienes jurídicos de notoria gravedad (delitos de tráfico de drogas y de personas, delitos de fraude y corrupción, blanqueo de capitales a escala internacional, entre otros).³⁶

Examinada la acción legislativa y operativa a results de la praxis del Programa de Tampere (1999-2004) y La Haya (2005-09), no puede dejar de notarse el decidido interés de los Estados miembros en potenciar la cooperación penal a escala judicial y

privado definitivamente de los efectos del reconocimiento de las resoluciones emanadas por sus autoridades.

³⁶ “Cuando apenas comenzaba a asentarse el Derecho Penal económico se ha impuesto la globalización neoconservadora sin control de mercados y sin derechos humanos, que ha llevado a una crisis económica y social también global,” ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, nota 15, p. 40.

basada en criterios de cierto automatismo a tenor de la vigencia del reconocimiento mutuo, en ocasiones presuponiendo sin más la previa confianza mutua entre Estados miembros que sin embargo era inexistente en la práctica, ralentizando por ello en muchas ocasiones la operatividad de los distintos instrumentos consagrados y permitiendo a las autoridades nacionales la priorización de los principios de sus propios sistemas jurídicos tanto en la transposición normativa de las DM como en la posterior aplicación judicial de las normas dictadas al efecto.

La experiencia fue generalmente positiva en tanto que innovadora en términos de cooperación en materia de detención y entrega de sospechosos, materia probatoria y ejecución de sanciones principalmente.

Y así, el primer y más afamado instrumento adoptado sobre el reconocimiento mutuo en materia penal fue la euroorden regulada en la citada DM 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002. Su transposición en España tuvo lugar tempranamente a través dos textos normativos: Ley 3/ 2003 de 14 de marzo sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE) y la LO 2/2003 complementaria de la anterior³⁷. Recientemente ha entrado en vigor la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea³⁸ cuyo Título II acomete una nueva regulación de dicho instrumento, sustituyendo la regulación de la Ley 3/2003, con ciertas innovaciones en la materia (especialmente en cuanto al procedimiento a seguir en ausencia de consentimiento a la entrega, generalizando la doble instancia e incluyendo una nueva redacción de las causas de denegación).

El análisis doctrinal y jurisprudencial de aquella DM y su experiencia práctica vienen a poner de manifiesto las virtudes y defectos del nuevo rumbo emprendido hacia el intento de construcción de un Espacio Judicial Europeo basado en aquel principio. Y precisamente en el campo más sensible desde el punto de vista material a la cooperación judicial, la regularización judicial de la situación del detenido, el consentimiento o no a su entrega a un Estado distinto de aquel en que ha sido aprehendido con las complejidades intrínsecas de la materia extradicional. El anterior régimen se vio judicializado y simplificado bajo el dominio del principio de eficacia, primando el principio de legalidad frente al de oportunidad política. La judicialización y

³⁷ Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. *BOE* núm. 65, de 17 de marzo de 2003, pp. 10244- 10258, (*Ref. BOE-A-2003-5451*) y Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega, *BOE* núm. 65, de 17 de marzo de 2003, p. 10244, (*Ref. BOE-A-2003-5450*).

³⁸ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. *BOE* núm. 282, de 21 de noviembre de 2014, pp. 95437- 95593, (*Ref. BOE-A-2014-12029*).

la idea de transmisión directa entre las autoridades judiciales de distintos Estados,³⁹ junto a la concreta previsión de disposiciones agilizadoras (entre ellas, la fijación de plazos máximos de resolución) y la abolición del principio de doble incriminación, ha supuesto un avance desde el punto de vista de la precisión legislativa (y por tanto de la seguridad jurídica). Y también con directa incidencia en las garantías procesales, muy especialmente en cuanto al respeto al principio *ne bis in idem*, la previsión expresa del cómputo efectivo del periodo de detención en el total de la condena final y, sobre todo, la regulación del derecho de defensa (y en especial, defensa técnica) del que resulta inseparable (dada la situación de máxima vulnerabilidad derivada de la privación de libertad).

Desde una perspectiva global y práctica (y en tanto que ha permitido agilizar el pretérito sistema extradicional) puede afirmarse que supuso un cierto afianzamiento del Estado de Derecho a nivel europeo. Igualmente sus muchos detractores pusieron de manifiesto las consecuencias indeseadas de la precipitación de haber otorgado virtualidad *per se* al reconocimiento mutuo en materias que carecían de previa ni mínima armonización. Y así, (con la excepción de la concurrencia de causas de denegación, en ausencia del consentimiento expreso del detenido) se imponía a las autoridades judiciales del Estado de ejecución la entrega del detenido en plazos muy perentorios (y sin facultades para examinar el fondo del asunto) en virtud de mandato judicial del Estado emisor, siempre que se cumplieran los requisitos normativamente fijados.

Supuso una simplificación y automatización del panorama previo que sin embargo quedaba en algunos aspectos huérfano de las necesarias garantías de los derechos fundamentales implicados. La indefinición de la DM (unida a las peculiaridades de su naturaleza jurídica), dio lugar a muy diversas normas de transposición algunas claramente contrarias a su letra y espíritu primando construcciones jurídicas nacionales (a veces incluso incompatibles con la DM) so pretexto de una inviolabilidad del contenido esencial de sus derechos constitucionales.

Igualmente le fue reprochada cierta precipitación en su regulación, *contaminado* el clima de su discusión legislativa por los atentados terroristas del 11-S y simultaneado su debate y el correspondiente a la DM relativa a la definición de los delitos de terrorismo.

³⁹ Presente también en la DM 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. (ya citada en nota 13).

Precisamente para garantizar su eficacia y huir de parámetros nacionales, la DM trató de superar el tradicional principio de doble incriminación y de nacionalidad (exclusión de los propios nacionales del Estado requerido), principales escollos de la anterior regulación, cuya aceptación no fue sin embargo pacífica por todos los Estados miembros. Muchos de ellos se refugiaron en sus ordenamientos constitucionales o en sus propias y “renacionalizadoras” leyes de transposición.⁴⁰

En cuanto a España, un alto número de denegaciones de entrega pusieron en evidencia las dificultades de transposición.⁴¹ A su vez, el TC (Tribunal Constitucional) español dictó varias sentencias en que ha situado el derecho del acusado a estar presente en la vista oral por encima de la “eficacia” de las órdenes de otros Estados (por todas, las SSTC 177/2006 de 5 de junio y 199/2009 de 28 de septiembre) declarando vulnerado el artículo 24 CE (Constitución Española).⁴²

Muy criticada ha sido igualmente la supresión de la tradicional prohibición de extradición de los propios nacionales. La DM no permite la negativa a la entrega por tal motivo (ser nacional del propio Estado requerido) sino un condicionamiento eventual a la entrega, (que sea devuelto a efectos cumplimiento de la pena o medida de privación de libertad que se imponga, art. 5.3 DM). Otros centran el reproche en la concreta transposición nacional distorsionada del referido principio (que se considera sin embargo, compatible con el principio de legalidad penal según pronunciamientos del TJ). Se ha puesto doctrinalmente de manifiesto la falta de legitimidad democrática de este instrumento señalando que nadie puede ser declarado enemigo de la sociedad y en consecuencia condenado, con fundamento en unas normas penales en cuya

⁴⁰ Siendo el ejemplo paradigmático, Alemania, cuyo TC en su ya famosa Sentencia de fecha 18 de julio de 2005 anuló su ley de transposición de la DM precisamente por violar las garantías recogidas en los artículos 16.2 y 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn. El propio legislador alemán dictó luego la II Ley Alemana sobre Euroorden (EuHBG II) en 2006 reaccionando frente a la declaración de nulidad de la primera. En el informe de la Comisión de 2006 se criticaba de forma dramática la situación global en Europa en que una amplia lista de Estados miembros introducían motivos de rechazo del reconocimiento que en parte sobrepasaban el tenor de la DM (vgr. Dinamarca, Italia, Malta, Holanda, Portugal y RU). También los TC de Polonia y Chipre declararon contrarias a su Constitución sus respectivas leyes de transposición en cuanto a la prohibición de extradición de sus propios nacionales.

⁴¹ 14 casos en 2004, 17 en 2005 y 15 en 2006, según conclusiones de la investigación de JIMENO BULNES, M., “Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales” en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *op.cit.*, nota 24, pp.106-137.

⁴² STC (Sala 2ª) 177/2006, de 5 de junio de 2006 (Recurso de amparo 5933-2005). BOE núm 161 de 7 de julio de 2006 y STS (Sala 1ª) 199/2009, de 28 de septiembre de 2009 (Recurso de amparo 4234-2007). BOE núm 254 de 21 de octubre de 2009. Sin embargo en dicha Sentencia el TC se mostró ciertamente europeísta al eludir interrogarse (o darla por supuesta) sobre la constitucionalidad del artículo 13.2 CE de la Ley 3/ 2003 de 14 de marzo de transposición de la orden europea de detención y entrega que no establece límites temporales sobre el momento de comisión de los hechos y señalaba que estamos ante un “nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los estados no pueden ser sometidas a dicha exigencia”. (El análisis de ésta y otras sentencias del TC en esta materia se afrontará con ocasión del derecho a la tutela judicial efectiva).

confección no ha podido intervenir activamente, siquiera mediante el ejercicio del derecho de voto.

En resumen, la euroorden ha sido vilipendiada incluso calificada como “caballo de Troya”⁴³ subrayando su finalidad represiva en detrimento de la tutela de derechos y garantías procesales así como el originario déficit democrático propio del instrumento utilizado (sometido a unanimidad del Consejo asumiendo el PE una función *parlamentaria* meramente consultiva). En el mismo sentido se ha censurado su irregular transposición y en otras ocasiones, su mera transcripción, habiendo descartado el TJ las críticas sobre una eventual quiebra del principio de legalidad penal y legitimidad democrática.

También se ha alegado su eventual quebranto del principio de igualdad de armas entre acusación y defensa en el proceso penal, significando el riesgo de que “la balanza de poder se incline del lado de las autoridades encargadas de la persecución penal y de la acusación en perjuicio de la defensa”⁴⁴ y llegándose a proponer la creación de una figura junto a la Fiscalía Europea a modo de “eurodefensor” con funciones de apoyo y refuerzo de la defensa en procedimientos de criminalidad grave transfronteriza.

Frente a esta última propuesta, ha de tenerse en cuenta que (vgr. en la legislación procesal española) la regulación sobre la función del MF (Ministerio Fiscal) en la audiencia propia de la Euroorden permite perfectamente al mismo asumir un *status* neutro e imparcial, ambivalente tanto de amparo de los derechos del detenido como de defensa de la legalidad y búsqueda de la eficacia de la perseguibilidad penal frente a “paraísos de impunidad”, excluyendo una finalidad acusatoria “ciega” y coadyuvando con el Juez Central de Instrucción en la debida salvaguarda de derechos fundamentales.⁴⁵ Por ello no parece necesaria la creación de una figura procesal adicional que quizá solo complicaría indebidamente el panorama.

No puede obviarse la valoración negativa que merece el hecho de que para garantizar la eficacia del procedimiento y el preceptivo consenso, se diera preeminencia a los ordenamientos nacionales más punitivos en el ámbito de la UE, tal y como indirectamente deriva de la supresión del principio de doble incriminación. (La DM la

⁴³ SCHUNEMANN, B., “Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la administración de Justicia penal” en ARMENTA DEU, T; GASCÓN INCHAUSTI, F. y CEDEÑO HERNÁN, M.(coords.), *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea, tendencias actuales y perspectivas de futuro* Madrid, 2006, p.27.

⁴⁴ SCHUNEMANN, B., *ibíd.*, pp. 33-36.

⁴⁵ *Vid.* con ocasión del posterior análisis pormenorizado del derecho de defensa la cita y análisis de un caso concreto en que el propio MF promovió la nulidad de actuaciones, adhiriéndose a dicha petición la defensa del detenido.

suprime en relación a 32 categorías delictivas, ex art. 2.2). Se ha producido una cierta distorsión en la subsunción concreta verificada en cada Estado respecto al elenco de delitos relacionados de la lista al no existir una previa armonización en la materia, ofreciendo resultados anómalos y discriminatorios.⁴⁶

Y a ello ha de unirse la distinta *praxis* judicial de cada Estado, ora interpretando en ocasiones de forma restrictiva las posibilidades abiertas por el reconocimiento mutuo en la materia ora abusando de las causas de exclusión, evidenciando en todo caso el problema subyacente de falta de confianza mutua real entre los sistemas judiciales de los socios europeos. La falta de seguridad jurídica derivada de la distinta transposición nacional del instrumento por la correlativa ausencia de definiciones auténticas de lo que habría de entenderse por cada figura delictiva de esa lista positiva, ha comprometido gravemente el funcionamiento del sistema (mucho más operativo si hubiera existido una mínima armonización o un catálogo siquiera mínimo de “eurodelitos”).

Desde un punto de vista abstracto y pretendidamente garantista, parte de la doctrina y algunos legisladores nacionales, como se ha visto, han predicado la bondad de supeditar en todo caso la decisión de entrega al respeto al orden público, derechos fundamentales y orden constitucional interno, como cortapisa a las potencialidades represivas basadas en una “confianza ciega”. *De facto*, aunque la DM no acogiera una cláusula de salvaguarda que permitiera a los Estados negarse a ejecutar una orden si el Estado emisor, a su juicio, fuera incumplidor de los derechos fundamentales, muchos Estados la han incluido en sus normas de transposición así como el requisito adicional del respeto a los derechos fundamentales, lo que no solo viene a introducir una dosis de inseguridad jurídica evidente sino que supedita la propia operatividad del reconocimiento mutuo a una imprecisa salvaguarda de los derechos constitucionales nacionales interfiriendo así en la creación armónica del ELSJ.⁴⁷

Precisamente ha de considerarse razonable en pro de la operatividad y eficacia de este instrumento, la omisión de lo que no sería sino una *patente de corso* que podría fundamentar toda suerte de negativas de reconocimiento siguiendo el mero, libérrimo y peligroso arbitrio judicial. Precisamente ha de obviarse en este caso esa excepción propia de un superado sistema extradicional, más basado en una regla general de desconfianza que de confianza entre Estados intervinientes. Solo favorecería la

⁴⁶ En Italia, la lista se remite a los tipos de su propio CP (Código Penal), otros ordenamientos han introducido causas de denegación a la entrega no previstas en la DM (vgr. en Reino Unido) o contemplan como tal el orden público (Alemania e Italia).

⁴⁷ En tal sentido llama la atención que la propia Comisión introdujera la misma, en el art. 49, cláusula que luego afortunadamente desapareció, quedando una mera mención genérica al artículo 6 TUE.

desigualdad y asimetría en el Espacio Judicial Europeo a tenor de cada praxis judicial nacional. Todo ello, sin perjuicio de la obligada sumisión de las autoridades judiciales nacionales al completo respeto a los derechos fundamentales desde el doble parámetro nacional y supranacional (reforzado como veremos luego con la entrada en vigor de la CDFUE).⁴⁸

Muy diferente resulta que las disfunciones reseñadas hayan puesto de manifiesto lo que no es sino la ausencia del requisito esencial básico para que el reconocimiento mutuo despliegue su eficacia y en que se viene insistiendo: una verdadera confianza mutua. Por ello ha de concluirse, que para que la misma sea una realidad en el ELSJ no puede prescindirse del necesario complemento integrador de dicho reconocimiento la necesaria armonización en el Derecho Penal (en un doble plano procesal y sustantivo) y la apuesta decidida por un Derecho Penal Europeo de tintes propios.

Esa “renacionalización” del contenido de las DM ha sido constante en otros instrumentos, vgr. en cuanto a la DM 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) así como la DM 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 , relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea y también en la DM 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.⁴⁹

De lege ferenda para evitar esas distorsiones se apuntó la posibilidad de consagrar (a los meros efectos de tales instrumentos de reconocimiento mutuo) una serie de definiciones típicas como una suerte de “eurodelitos” en cuya efectiva subsunción participaría el TJ con ocasión de una eventual cuestión prejudicial. Obviamente ello plantearía los mayores problemas en la fase embrionaria de aprobación de la norma siendo muy difícil alcanzar un eventual consenso en la materia. Todo ello,

⁴⁸ El lógico desconocimiento de cada órgano judicial emisor de la orden del “orden público y orden constitucional” interno del Estado de ejecución generaría una total imprevisión sobre la eficacia ulterior de la misma, grado de incertidumbre que en ocasiones podría “desanimar” a autoridades judiciales a acudir a este instrumento bajo la expectativa de una frustrada eficacia.

⁴⁹ (DM ya citadas en nota 13). Nótese que por parte de Alemania se introdujo de una cláusula *out put* que le permitía comprobar si el delito para el que se solicita la cooperación se acomoda a la definición que Alemania va a realizar *unilateralmente* de estas categorías delictivas.

sin que la actual delimitación de categorías con criterios penológicos consiga tampoco solucionar el problema, ya que no sólo prima, (como se ha señalado) la eficacia de los regímenes penales más represivos en el seno de la UE, sino que incluso podría incidir negativamente en la política criminal nacional en supuestos en que, buscando una garantía de *exportación* de resoluciones, se optase por los parámetros superiores a nivel penológico.

En materia probatoria, las dos principales DM (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 y el exhorto probatorio antecitado) han supuesto desde un punto de vista más teórico que real un avance hacia mayores cotas de cooperación. Ambas tenían por objeto el aseguramiento y disposición o envío al requirente de material probatorio *preexistente*, siendo su regulación fragmentaria, lo que complicaba su aplicación práctica (exigiendo un eventual conocimiento experto por jueces y fiscales y perviviendo con otros instrumentos de cooperación distintos según los casos). Su operatividad se mostraba limitada (al excluir otros supuestos en que fueran necesarias actividades de obtención probatoria como registro, intervención corporal, intervenciones telefónicas, obtención de muestras biológicas...). Igualmente se han generado problemas de compatibilidad con el principio de no autoincriminación (*nemo tenetur ipse accusare*) y riesgos evidentes de ceder a las tentaciones derivadas del *forum shopping* judicial abusando de ordenamientos jurídicos menos garantistas para obtener pruebas de difícil obtención en otros, vulnerando así el principio de igualdad entre partes procesales.⁵⁰

En materia de ejecución de sanciones penales, se dictaron hasta cinco DM basadas en el principio de reconocimiento mutuo tanto en materia de decomiso como

⁵⁰ El mayor desarrollo práctico en este sector ya había venido de la mano del Convenio de Asistencia Judicial entre los Estados miembros de la UE (Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. (DO C núm. 197 de 12 de Julio de 2000 y BOE núm. 247 de 15 de Octubre de 2003, con vigencia desde 6 de Octubre de 2003), que adoptaba como principio innovador (art. 4) *el forum regit actum* (en vez de *locus regit actum*) según el cual el Estado requerido ha de observar los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado requirente (salvo que sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado miembro requerido). Con ello se incrementaba la eficacia potencial de tales pruebas conseguidas con los requisitos del foro en que iban a ser empleadas. Hasta que este Convenio entró en vigor se seguía el Convenio de asistencia judicial del Consejo de Europa (que seguía el principio tradicional *locus regit actum*). Este Convenio fue ratificado en España en Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, pp. 25166 -25174, (Ref. BOE-A-1982-23564). El Programa de Estocolmo (11 de diciembre de 2009) -Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano- (DO C 115 de 4.5.2010, pp. 1/38), reafirmaría luego el objetivo de implantar el principio de reconocimiento mutuo generalizándolo a la "la obtención de cualquier tipo de pruebas en los procesos transnacionales en materia penal". Dio lugar a la actual Directiva instaurando una OEI en materia probatoria que supone la ineficacia sobrevenida del exhorto de obtención de pruebas (habiendo sido presentada la Propuesta incluso antes de entrar esta DM en vigor). (La Directiva y el régimen previo son ampliamente tratados en el epígrafe de "Garantías probatorias").

sobre ejecución de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y las penas sustitutivas, reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad y resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional⁵¹, todas ellas basadas en principios de eficacia y respondiendo a un fin resocializador de penas que en este caso permite excepcionar la característica eminentemente represiva con que ha sido tachados los frutos del tercer pilar.

Uno de los últimos instrumentos relevantes aprobados en esta sede (DM 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales), lo fue precisamente en una materia largamente esperada: los conflictos de jurisdicción en el seno de la UE. El Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción lo había señalado como aspecto relevante del Derecho Procesal europeo siendo su conexión evidente con la garantía del *ne bis in idem*, consagrada en la propia CDFUE como derecho fundamental procesal⁵².

Desde la anterior perspectiva, examinados los frutos de ese tercer pilar y su justificación en el principio del reconocimiento mutuo (sin el apoyo adicional de una necesaria aproximación legislativa), no cabe sino confirmar las limitaciones que ya se adivinaban en la propia delimitación inicial de ese marco intergubernamental de cooperación, (a tenor del Tratado de Ámsterdam y Niza). Su estrecho cauce subordinado a la exigencias de unanimidad, la en ocasiones compleja delimitación entre ámbitos comunitarios e intergubernamentales y la debilidad de tales instrumentos como bases jurídicas, (DM con ausencia de efecto directo y limitado control judicial), no impidieron sin embargo (pese a la gran heterogeneidad en su implementación nacional), la obtención de logros de cierta relevancia en la materia, poniendo los cimientos decididos para el siguiente paso en la construcción del ELSJ y posibilitando la subsiguiente transición a una Europa sin pilares.

⁵¹ Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68 de 15.3.2005, p. 49/51); Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, (DO L 327 de 5 de diciembre de 2008, p. 27/46); Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. (DO L 294 de 11 de noviembre de 2009, p. 20/40) así como las DM 2006/783/JAI y DM 2008/947/JAI ya citadas en nota 13.

⁵² *Vid.* epígrafe dedicado al *ne bis in idem* en que se desarrolla este tema.

Ha de notarse que pese a haberse constatado al respecto el inherente déficit de legitimidad resultante del mínimo control parlamentario y judicial de este tercer pilar, precisamente tan intrínsecamente relacionado con los derechos fundamentales, en ejercicio de su función *pretoriana* de salvaguarda de los mismos, el TJ ha venido protagonizando una decidida tutela de los mismos también en esta materia.

3.- PREPARANDO LA ARMONIZACIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES

Ha sido una dinámica constante en el seno de la UE la pugna entre la consolidación del principio de reconocimiento mutuo y su vocación expansiva y la férrea oposición mayoritaria de los Estados miembros a dictar normas armonizadoras en materia procesal penal, muy especialmente en materia de derechos fundamentales o garantías procesales.

Ya desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999 se incluyó en el programa legislativo de la UE⁵³ la adopción de *normas mínimas comunes* en el campo de las garantías procesales en el ámbito penal, considerando que con ello aumentaría la confianza mutua entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, punto de partida necesario para conseguir la consolidación del principio de reconocimiento mutuo, (ya piedra angular en la cooperación judicial penal en la UE).

De ahí surgió la más significativa *Propuesta* de Decisión Marco en la materia que pese a su palmario fracaso como tal (en tanto que no llegó a ser aprobada ni siquiera una versión flexibilizada de la misma), supuso sin embargo la consagración formal de un consenso final sobre el *germen* de una auténtica regulación aproximadora de las garantías procesales en el proceso penal, incrementando con ello la propia legitimidad de la labor legislativa de la UE en la construcción de un proceso penal con pleno respeto a los derechos fundamentales.⁵⁴

⁵³ Punto 33 del Programa que lo fijaba tímidamente como objetivo.

⁵⁴El desarrollo de ese *germen* ha tenido sin embargo que esperar casi una década para consagrarse en las nuevas Directivas en la materia que han venido a sustituir de forma individualizada y través de una distinta estrategia aquella fallida iniciativa.

Ha de insistirse en que la mayor crítica al Espacio de Libertad Seguridad y Justicia ha venido principalmente del desequilibrio palmario entre el decidido avance en elaboración de instrumentos consagrando medidas represivas y la ausencia paralela de la consagración equilibrada y como justo contrapeso de un sistema de garantías de derechos fundamentales procesales en el ámbito penal.

A. Derechos procesales de las víctimas, primera aproximación

Es revelador que una de las más tempranas DM dictada en este periodo afrontando de forma directa el tema de los derechos fundamentales concernidos en el proceso penal no lo hiciera precisamente desde la óptica de los sujetos pasivos del proceso sino desde la perspectiva de los perjudicados u ofendidos. Y así, se dictó la ya señalada DM del Consejo de la UE 2001/220 /JAI de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Se dictó también la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de delitos⁵⁵ que encontró su apoyo normativo dentro de la política de cooperación judicial civil *comunitarizada* desde el Tratado de Ámsterdam.⁵⁶

Aquella pionera DM de 2001 regulaba un verdadero estatuto de la víctima configurando su situación jurídica y derechos en el ámbito penal de manera global, antes, durante y después del proceso. Su ámbito subjetivo amparaba sólo a personas físicas, no jurídicas.⁵⁷ Los derechos regulados en la misma eran genéricos pero no por ello menos importantes, consistentes en : respeto a su dignidad, (línea confirmada en la STJ *Pupino* de 16 de junio de 2005), derecho a declarar y ser informada (incluyendo el novedoso derecho a no recibir información), derecho a comprender y ser comprendida, derecho a ser protegida en las diversas fases de actuaciones, a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en Estado miembro distinto del de la comisión del delito, al reembolso de los gastos judiciales y a obtener una decisión relativa a la indemnización por el autor de la infracción penal dictada en el proceso penal.

⁵⁵ Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos (DO L 261 de 6 de agosto de 2004, p. 15/18).

⁵⁶ Esta Directiva no se refiere *stricto sensu* al proceso penal ya que prevé la indemnización por el Estado a las víctimas normalmente en un proceso de distinta naturaleza, configurando prestaciones con cargo al Estado del lugar de la comisión de los delitos como muestra de solidaridad con las víctimas con residencia habitual en Estado distinto.

⁵⁷ Como evidenció el pronunciamiento recaído en Asunto C-467/05, *Giovanni Dell 'Orto*, (*Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Milano – Italia*), STJ (Sala 3ª) de 28 de junio de 2007, (ECLI: EU: C: 2007:395). En cuanto a su aplicación temporal, el TJ declaró la naturaleza *procesal* del derecho regulado por esta DM (y por ello aplicable a litigios pendientes en el momento de su entrada en vigor en 2002).

La referida norma (de relevancia más testimonial que de orden práctico) ha sido sustituida por la Directiva recientemente aprobada en la materia (Directiva 2012/29/UE del PE 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 víctimas de delitos)⁵⁸.

Lo más relevante de aquella primera aproximación al tema fue, no solo la decidida entrada en la escena internacional de la víctima, sino esa primera atención de las instituciones europeas a los derechos fundamentales relacionados con el proceso penal.

Alerta la doctrina de los riesgos de que las víctimas se *apoderen* del Derecho Penal en un momento en que los medios de información consagran un poder efectivo de configuración y manipulación de la opinión pública, a veces violando palmariamente no sólo el secreto de las actuaciones (conocidas y divulgadas por la prensa antes del levantamiento del mismo), sino todas las garantías inherentes a la presunción de inocencia, promoviendo juicios paralelos simplistas ante la opinión pública y adiestrándola en sentido propagandístico- a veces con una presentación audiovisual explícita de las consecuencias de la criminalidad- como base de una visceral y proyectada justificación de políticas de “solidaridad ciega” con las víctimas, amparando exigencias al “Estado de tutela total y políticas criminales de telediario”.⁵⁹

En todo caso, no podía antes ni ahora entenderse un proceso plenamente respetuoso con las garantías procesales y exigencias iusfundamentales sin incluir también en el otro lado de la balanza, el pleno y equilibrado respeto por los derechos de la víctima a lo largo de todo el proceso, lo que no ha de conllevar que la misma acapare un protagonismo absoluto en detrimento de los derechos de sospechosos e imputados, sino recibiendo un trato igualmente equitativo y justo a lo largo del proceso de que es parte.⁶⁰

⁵⁸ 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, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. (DO L 315 de 14 de noviembre de 2012, p. 57/73). (Norma implementada en España por la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015, pp. 36569-36598 (Ref. BOE-A-2015-4606).

⁵⁹ ARROYO ZAPATERO, (*op.cit.*, nota 15). *Vid* reflexiones en relación a este tema con ocasión del desarrollo del principio de presunción de inocencia. Y en este sentido, tras la reforma de Lisboa se han dictado dos normas capitales en relación a las víctimas: De un lado, la mencionada Directiva 2012/29/UE que establece normas de carácter mínimo dirigidas a consolidar y ampliar los derechos de la víctima, concretados en: recibir información y apoyo (que incluye el derecho a la traducción e interpretación y acceso a servicios de apoyo, el derecho a participar en el proceso siendo informada de la decisión de no continuación), justicia gratuita, restitución de gastos procesales, reintegración de bienes incautados en el curso del proceso y a obtener una resolución sobre la indemnización por parte del infractor. Igualmente el derecho a ser protegida, especialmente en supuestos que demandan medidas de protección especial, evitando una “victimización secundaria” o reiterada.

⁶⁰ Su protección ha sido significativamente completada hoy con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, (DO L 338 de 21 de diciembre de 2011, p. 2/18). Dicha norma ha sido incorporada recientemente a nuestro ordenamiento

B. La fallida propuesta de armonización global de derechos procesales penales: el germen del futuro derecho procesal penal en materia de garantías de sospechosos y acusados

Por primera vez se abordó de forma directa la problemática inherente a las garantías procesales en el año 2003, con ocasión del Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en los procesos penales celebrados en la UE, retomándose el tema con ocasión del Libro Verde sobre presunción de inocencia de 26 de abril de 2006⁶¹. En cierto modo se puso en evidencia la contradicción evidente del planteamiento de la Comisión en tal sentido cuando ya se había plasmado el reconocimiento mutuo en instrumentos tan operativos y tempranos (y tan susceptibles de “atropellar” derechos fundamentales) como la euroorden.

La Propuesta de DM relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE⁶² fue presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004. Ya desde su generación se discutió no solo si era pertinente afrontar una acción legislativa de la UE en materia de garantías procesales y su concreto alcance, sino la propia legitimación jurídica para su aprobación. El PE y la Comisión estaban ya sensibilizados a favor de una necesaria armonización en la materia, como presupuesto esencial para garantizar la debida “confianza mutua”.⁶³

La Comisión en el citado Libro Verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la UE afirmaba que para que exista la confianza mutua era oportuno que los Estados miembros confirmasen una serie estándar de garantías procesales, señalando como objetivo “incrementar el grado de armonización con el fin de reforzar en la práctica la confianza mutua”.

nacional mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, (citada en nota 38).

⁶¹ Libro Verde de la Comisión de 19 de febrero de 2003 - Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea. (/ * COM/2003/0075 final */) y Libro Verde de La presunción de inocencia de 26 de abril de 2006. (/ * COM/2006/0174 final */).

⁶² Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, (28 de abril de 2004) (/ * COM/2004/0328 final - CNS 2004/0113 */).

⁶³ Ya en la Resolución de 27 de octubre de 1999 del PE sobre el Consejo Europeo de Tampere instaba a que el programa de medidas de reconocimiento mutuo “incluya medidas que aseguren normas coherentes y adecuadas de prácticas jurídicas y judiciales en toda la Unión... normas mínimas para mejorar la confianza en otros sistemas judiciales”.

Los Estados miembros solo comulgaban con dicha iniciativa (y con importantes reservas) en tanto que subordinada a las exigencias de la operatividad del reconocimiento mutuo.⁶⁴

La base jurídica de la propuesta ya había planteado dudas desde presentación del Libro Verde. El TUE nada señalaba explícitamente. Contenía una referencia a las medidas destinadas a “la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación” (art. 31.1.c). En el Libro Verde, la Comisión ponía de manifiesto que las divergentes prácticas existentes habían mermado la confianza mutua, lo que “justificaba una acción común sobre cooperación judicial en materia penal al amparo del artículo 31 TUE como normas mínimas”. Sin embargo, algunos Estados lo consideraban una clara vulneración del principio de subsidiariedad aduciendo la suficiencia del CEDH y su protección jurisdiccional específica en la materia (por parte del TEDH), alertando sobre los peligros de la armonización como eventual retroceso frente a umbrales nacionales más altos de protección constitucional de derechos.

Examinados los textos legales, la decidida jurisprudencia asumida por el TJ en materia competencial y la experiencia posterior, (en que el propio legislador de Lisboa apostó decididamente por confirmar el desarrollo de una línea armonizadora en la materia), cabe concluir que esta iniciativa estaba legítimamente enmarcada en el desarrollo de la cooperación judicial penal recogida en el Título VI del TUE, uno de los pilares formulados en Niza. (Con fundamento en el referido art 31.1 c).⁶⁵

⁶⁴ Tres eran las posiciones estatales ante la Propuesta en su momento inicial: Alemania, Bélgica y Austria eran partidarios de la armonización, mientras Suecia, Hungría, Grecia y Luxemburgo progresivamente se habían convencido (a resultas de la experiencia), de una cierta pero matizada necesidad de armonización) y de otro lado, RU, Irlanda; Polonia, República Checa, Eslovaquia, Malta y Chipre no consideraban oportuna la acción legislativa en este campo. A su vez, España superado su recelo inicial por una eventual normativa que pudiera afectar al régimen del artículo 520 bis LECRIM en materia de terrorismo, mostró luego cierto entusiasmo plasmado en el documento titulado “Contribución española a la revisión de Tampere” presentado en julio de 2004 actuando con un cierto “realismo constructivo”. (Desarrolla este tema, IRURZUN MONTORO, F., “La negociación de la Decisión Marco sobre garantías procesales en el Consejo de la Unión Europea” en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp.25 a 45.)

⁶⁵ Plenamente acertadas las consideraciones de GARCÍA ROCA, F.J., “La propuesta de Decisión Marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado Constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (*op cit*, nota 64, pp. 47-66), señalando que esta DM tiene un doble fundamento jurídico en las normas originarias, el art. 6.2 TUE (respeto a los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y según resultan de tradiciones constitucionales comunes como Principio general de derecho comunitario y las garantías de un proceso debido, justo o equitativo (ex art. 6 CEDH).

C. Razones del fracaso y una promesa de futuro

Así pues, la Propuesta fue controvertida desde su origen, respondiendo a una expectativa mucho más ambiciosa por parte de la Comisión que la de los respectivos socios europeos entre los que no existía una verdadera voluntad política que permitiera un consenso razonable en la materia. Si bien entre ellos las posturas no eran homogéneas, finalmente se impusieron los recelos soberanistas de los Estados miembros contrarios a la armonización en esta materia. Precisamente, uno de los obstáculos que impidieron su aprobación fue su pretendido grado de detalle, que puso de manifiesto la heterogeneidad de los distintos sistemas procesales nacionales. Propuesta “de mínimos”, distaba de ser “revolucionaria” y se centraba en los más elementales derechos fundamentales, concretamente cinco: derecho a asistencia letrada, derecho a intérprete y traducción gratuitas, derecho a atención específica para personas especialmente vulnerables, derecho a comunicarse *inter alias*, con las autoridades consulares y derecho a notificar sus derechos a las personas sospechosas (con la eventual creación de una Carta de derechos a efectos informativos).

Tales derechos eran *fundamentales* pero no los más *esenciales* dejando fuera algunos con rango constitucional (presunción de inocencia, Juez ordinario o imparcial, principio de legalidad y en resumen, el derecho a un juicio justo o proceso equitativo ex. art 6 CEDH), así como los relativos a las garantías probatorias, materia sensible en el ámbito de la cooperación judicial. Muy significativamente, quedaban excluidas de tal normativa, las medidas en el marco de lucha contra formas graves y complejas de delincuencia, en especial el terrorismo.

Ya la propia exposición de motivos de la Propuesta señalaba que su intención no era duplicar el Convenio (CEDH) sino promover un nivel de cumplimiento homogéneo del mismo. Con finalidad pragmática, buscaba garantías de efectividad en la práctica de derechos procesales, con unos contenidos que habían de ser analizados bajo el canon de comparación que suponen el CEDH, la CDFUE (sin valor jurídico pleno a esa fecha pero desplegando ya efectos de *soft law*) y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados.

Era evidente la finalidad *armonizadora* de los ordenamientos nacionales en la materia, evidenciándose una especial dificultad en los aspectos prácticos abordados, tratando de incorporar garantías materiales en temas propios del turno de oficio, cualificación de intérpretes, sistemas de registro o grabación de pruebas, ampliación de

la exigencia de asistencia letrada al detenido antes del proceso, atención específica y existencia de un formulario común de información de derechos.

Esta Propuesta de DM dejaba un amplio margen de desarrollo particular a los ordenamientos nacionales por imperativo de la propia heterogeneidad preexistente, habida cuenta que entre ellos regían distintas reglas sobre el propio ejercicio de la acción penal, fundados unos sistemas en el principio de legalidad y otros en el de oportunidad y asumiendo las distintas autoridades, (policiales, integrantes de la Fiscalía o del Poder Judicial) funciones y competencias de muy diferente alcance en el seno de la instrucción penal. A pesar de ello, incluso ese consenso de mínimos se reveló aún demasiado exigente para algunos, incluso partiendo de los estándares comunes del CEDH y la jurisprudencia del TEDH.⁶⁶

Las posturas más beligerantes contra la necesidad armonizadora resaltaban precisamente la eventual suficiencia del común acervo del CEDH como sustento de un sistema generalizado de reconocimiento mutuo. Sin embargo, cabe preguntarse si podría o debería bastar con una “confianza confiante”⁶⁷ de naturaleza política basada en la común pertenencia de los Estados miembros a un sistema de valores democráticos y del Estado de Derecho sustentada en la participación en el CEDH con su sistema jurisdiccional abierto al acceso directo de los ciudadanos. La doctrina mayoritaria venía reclamando un *plus* a esa confianza política sobre la base de una armonización legislativa para una construcción más equilibrada del Espacio Judicial Europeo⁶⁸. Precisamente uno de los riesgos ante la ausencia de una mínima armonización (no paliado por el reconocimiento mutuo *en solitario*), radicaba en la eventual exportación del proceso penal de menor nivel de garantías procesales y por tanto, la preeminencia de los modelos más represivos. De ahí que resultase tan importante precisamente en este ámbito, el inicio decidido de esa labor armonizadora. Y era preciso un doble límite material en cuanto al contenido de la Propuesta y su ulterior desarrollo: un consenso de mínimos aceptable por los muy diversos ordenamientos en la materia así como el respeto al acervo mínimo común europeo del CEDH y su jurisprudencia, (sin ceder a la

⁶⁶ Considera G^a ROCA, (*ibíd.*), que esta propuesta abría la vía a un sistema del CEDH a *dos niveles* en cuanto a algunos derechos. Uno más armonizado integrado y reforzado dentro de la UE y otro más internacional en el resto del Consejo de Europa. Incluso manifiesta cierta preocupación por el hecho de que el TEDH utilice la imprecisa doctrina del margen de apreciación nacional (a veces muy discrecional) en detrimento del “principio de integración funcional” que es la finalidad específica a que responde el Consejo de Europa. Precisamente considera que la divergencia de legislaciones “no solo produce desconfianza o recelo sino que está a veces en la base de una inevitable aplicación de ese margen de soberanía”.

⁶⁷ MIRANDA RODRIGUES, A., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, en DE HOYOS SANCHO, M. *op cit*, nota 24, pp. 263-284.

⁶⁸ Por todos, WEYEMBERGH, A., “L’harmonisation des procédures pénales au sein de l’Union Européenne”, *Archives de politique criminelle*, 1/2004 (n° 26) pp. 37-70, (<http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2004-1-page-37.html>). (última consulta, 20 de noviembre de 2012).

tentación de reescribirla o *petrificarla*), preservando un margen de desarrollo al derecho nacional, en un contexto de *no regresión*.

Y así, la Propuesta fijaba su necesario complemento en el Convenio y la Carta permitiendo desplazar el régimen de tutela de ambos por una protección más intensa de derechos. Se explicitaba que las garantías contempladas en la misma no agotaban el *núcleo duro* del derecho a un proceso debido y se preservaba una posibilidad del *autodesplazamiento*.⁶⁹ Igualmente se proclamaba respetuosa del principio de *subsidiariedad*, señalando que se mantendría el margen de apreciación nacional en las leyes de transposición de la Decisión, atendida la naturaleza de la misma y su obligación de resultados.

Pese a ser coherente con tales principios y finalidades legítimas, (notoriamente el incremento de la confianza como base del reconocimiento mutuo), legitimada jurídicamente y sólidamente estructurada en el entramado europeo, la tarea se reveló excesiva para la voluntad interestatal de ese concreto momento histórico y definitivamente abandonada en junio de 2007.⁷⁰

La iniciativa fue luego retomada tras la esencial reforma propiciada el Tratado de Lisboa, bajo una distinta estrategia que, esta vez permitió el avance efectivo hacia esa deseada armonización, a los efectos de generar la confianza material exigida por el reconocimiento mutuo como complemento necesario del mismo,. El *germen* en la base de un ELSJ equilibrado y respetuoso con los derechos fundamentales estaba sembrado. Es revelador que tras el abandono de la señalada Propuesta, numerosas DM incluyeran una suerte de *advertencia tipo* sobre el respeto a los derechos fundamentales y necesaria observancia de los principios del art. 6 TUE y recogidos en la CDFUE.⁷¹

En un aspecto puramente particular, pero de relevancia también en materia de garantías penales, ha de destacarse la aprobación de la DM destinada a reforzar los derechos procesales en los juicios celebrados sin comparecencia del imputado y a

⁶⁹ Todo ello según previsiones normativas expresas del artículo 53 CEDH y 52 CDFUE y 17 de la Propuesta que expresamente incluía la cláusula de no regresión permitiendo el desplazamiento por un nivel de protección más elevado.

⁷⁰ (Última versión, Droipen 56 de 5 de junio de 2007). Después de tres años de debate en el seno del Consejo de la UE fue bloqueada por seis Estados miembros (RU, Irlanda, Chipre, Malta, Eslovaquia y República Checa).

⁷¹ Algunas como la citada DM 909/2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a sentencias penales con privación de libertad incluyen la siguiente cláusula de salvaguardia: "La presente DM no debe impedir a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas a las garantías procesales, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación". (Como se ha reseñado *ut supra*, dichas menciones más testimoniales que prácticas plantean ciertos problemas interpretativos en su delimitación y se prestan a abusos con efectos restrictivos para el mutuo reconocimiento).

propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DM 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009) que fija los límites en que la sentencia dictada en ausencia ha de ser reconocida por otros Estados miembros. Esta DM modificó parcialmente (entre otras) el contenido de la DM reguladora de la euroorden precisamente en defensa de una mayor amplitud del derecho de audiencia en juicio como parte del *due process*.⁷²

4.- UNA APUESTA DECIDIDA POR UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO: La defensa jurisdiccional de garantías procesales por el TJ

En el señalado contexto de “escepticismo nacional”, el protagonismo del TJ fijando una interpretación decididamente expansiva de las competencias de la UE en materia de armonización legislativa penal y procesal ha sido relevante, hasta el punto de que incluso se ha considerado que su establecimiento de las llamadas “competencias anexas” fue el antecedente necesario de la posterior *comunitarización* del tercer pilar.⁷³

⁷² Citada en nota 13, *vid.* su análisis en epígrafe sobre derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷³ Como igualmente había sido pionero el TJ en la labor pretoriana de defensa de derechos fundamentales colmando la laguna al respecto de los Tratados, con Sentencias tan relevantes como las dictadas en: Asunto 29-69, *Erich Stauder contra Stadt Ulm Sozialamt*, (Petición de decisión prejudicial: *Verwaltungsgericht Stuttgart – Alemania*), STJ de 12 de noviembre de 1969, (ECLI:EU:C:1969:57); Asunto 5/88, *Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, (Petición de decisión prejudicial: *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Alemania*, STJ de 13 de julio de 1989, (ECLI:EU:C:1989:321); Asunto C-2/92, *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, (Petición de decisión prejudicial: *High Court of Justice, Queen's Bench Division - Reino Unido*), STJ de 24 de marzo de 1994, (ECLI:EU:C:1994:116); Asunto C-292/97, *Kjell Karlsson y otros*, (Petición de decisión prejudicial: *Regeringsrätten – Suecia*), STJ (Sala 6ª) de 13 de abril de 2000, (ECLI:EU:C:2000:202); Asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Procesos penales contra Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) y Marcello Dell'Utri y otros (C-403/02)*, (Peticiónes de decisión prejudicial: *Tribunale di Milano (C-387/02 y C-403/02) y Corte d'appello di Lecce (C-391/02) – Italia*), STJ (GS) de 3 de mayo de 2005, (ECLI:EU:C:2005:270); Asunto 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, (Petición de decisión prejudicial: *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Alemania*), STJ de 17 de diciembre de 1970, (ECLI:EU:C:1970:114); Asunto 4-73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 14 de mayo de 1974, (ECLI:EU:C:1974:51); Asunto 44/79, *Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz*, (Petición de decisión prejudicial: *Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße – Alemania*), STJ de 13 de diciembre de 1979, (ECLI:EU:C:1979:290); Asunto 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*, (Petición de decisión prejudicial: *Tariefcommissie - Países Bajos*), STJ de 5 de febrero de 1963. (ECLI: EU: C: 1963:1) y Asunto 6-64, *Aluminio Costa contra E.N.E.L.*, (Petición de decisión prejudicial: *Giudice conciliatore di Milano – Italia*, STJ de 15 de julio de 1964, (ECLI: EU: C: 1964:66).

Y así, se fijó dicha doctrina a partir de la conocida Sentencia de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03)⁷⁴ señalando en ella el TJ que “...si bien es cierto que, en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho Penal ni en materia de Derecho procesal penal, ello no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho Penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una *medida indispensable* para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.⁷⁵ Venía a legitimar acciones legislativas de la UE en el marco del primer pilar en materia de *objetivos* esenciales de la Comunidad y por ende *una competencia anexa a materias comunitarias que podía concretarse en normas de naturaleza penal o procesal penal*. Ello era obviamente innovador (casi revolucionario), si tenemos en cuenta la paralela *férrea* resistencia estatal en el marco legislativo de las distintas DM, beligerante con la idea de conceder esa potestad legislativa a la UE siquiera a los fines meramente armonizadores y como complemento del reconocimiento mutuo.

La ciertamente confusa defensa de dicha competencia efectuada en dicha Sentencia fue luego clarificada y corroborada por la dictada el 23 de octubre de 2007 (as. C-440/05) permitiendo entender que dicha competencia antes exclusiva de los Estados miembros puede repartirse con la UE en tanto sea *imprescindible* para el cumplimiento de los *propósitos* de la UE, pese a la ausencia de regulación escrita expresa.⁷⁶ Supuso un claro giro de la inicial jurisprudencia que había declarado la

⁷⁴ Dictada con ocasión del recurso de anulación de la Comisión contra Consejo frente a la Decisión Marco 2003/80/JAI sobre Protección del medio ambiente. (Asunto C-176/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*, STJ (GS) de 13 de septiembre de 2005, (ECLI: EU: C: 2005:542).

⁷⁵ Y seguía: “...no permite poner en duda esta competencia del legislador comunitario en el marco de la aplicación de la política medioambiental (...) La Decisión Marco 2003/80, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, al estar basada en el título VI del Tratado de la Unión Europea, invade las competencias que el artículo 175 CE atribuye a la Comunidad e infringe pues en su conjunto, debido a su indivisibilidad, el artículo 47 UE. En efecto, los artículos 1 a 7 de dicha Decisión Marco, que comportan una armonización parcial de la legislación penal de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a los elementos constitutivos de diferentes infracciones penales contra el medio ambiente, podrían haber sido adoptados válidamente sobre la base del artículo 175 CE puesto que, tanto por su finalidad como por su contenido, tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente, que constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad”. (citada en nota 74, apartados 48, 51, 52 y 53).

⁷⁶ Asunto C-440/05, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*. (Recurso de anulación frente Decisión Marco 2005/667/JAI) Sentencia del TJ (GS) de 23 de octubre de 2007. (ECLI: EU: C: 2007:625). Y en la misma línea, reconociendo competencia de la UE para adoptar medidas en la lucha contra la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre, la resolución del Asunto C-91/05, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*. (Recurso de anulación frente a Decisión 2004/833/PESC), STJ (Gran Sala) de 20 de mayo de 2008, (ECLI: EU: C: 2008:288).

ausencia de competencia para legislar en materia penal y procesal penal. (Vgr. SSTJ *Casati y Lemmens*)⁷⁷.

Esa doctrina jurisprudencial del TJ sobre la “competencia anexa” (*Annexkompetenz*) fue considerada demasiado avanzada por un sector doctrinal.⁷⁸ Sin duda permitía pensar en un inicio decidido hacia la configuración de un Derecho Penal Europeo en futura expansión, aventura no exenta de riesgos en tanto que carecía (y aun hoy) de una orientación político criminal definida y se enfrentaba a los siempre confusos límites del principio de *ultima ratio* debidamente conjugado con el respeto al principio de *subsidiariedad*.

En la famosa Sentencia *Pupino* ⁷⁹ igualmente se pronunció decididamente el TJ a favor de la legitimación de la UE en materia de armonización legislativa al ser por primera vez cuestionado con ocasión de un instrumento del *tercer pilar*. Esta sentencia consagra la existencia de efectiva base jurídica en el Tratado para la adopción de normas aproximadoras en materia de garantías y a la vez impone a los Estados miembros la obligación de interpretación de sus ordenamientos internos conforme a las DM, reconociendo lo que se puede llamar un efecto directo “indirecto” de tales instrumentos, permitiendo a los particulares su invocación por la vía de un recurso prejudicial ante los órganos jurisdiccionales de sus Estados para obtener así una *interpretación conforme* del derecho nacional. Las DM podían ser así ser invocadas por los particulares ante sus Tribunales nacionales pero indirectamente y a propósito de su transposición al derecho nacional.

Esa ya decidida apuesta del TJ por el desarrollo de un Derecho Procesal Penal Europeo se evidenció con ocasión del pronunciamiento prejudicial sobre la DM relativa la ODE (Orden de Detención y Entrega), la más criticada como eminentemente represiva. Y así, en las cuestiones prejudiciales formuladas por la *Cour d'Arbitrage* belga⁸⁰ cuestionando su validez, el TJ ratificó la misma y su compatibilidad con el artículo

⁷⁷ Respectivamente dictadas en: Asunto 203/80, *Procedimiento penal entablado contra Guerrino Casati*. *Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Bolzano – Italia*, STJ de 11 de noviembre de 1981, (ECLI: EU: C: 1981:261) y Asunto C-226/97, *Procedimiento penal entablado contra Johannes Martinus Lemmens*, *Petición de decisión prejudicial: Arrondissementsrechtbank Maastricht - Países Bajos* STJ de 16 de junio de 1998, (ECLI: EU: C: 1998:296).

⁷⁸ Y así, TIEDEMANN consideró restrictivamente tales posibilidades competenciales ciñéndolas a las normas de comportamiento y entendiendo que debía dejarse libertad a los legisladores nacionales en la elección de las sanciones. (TIEDEMANN, K. “El nuevo procedimiento penal europeo” en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN A. (dirs.) *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007. pp. 143 155.)

⁷⁹ Resolvía el TJ una cuestión prejudicial a propósito de interpretación de un precepto de la DM de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de las víctimas en el ámbito de los procesos penales. *Vid.* nota 3.

⁸⁰ Asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, (*Petición de decisión prejudicial: Arbitragehof – Bélgica*), STJ (GS) de 3 de mayo de 2007, (ECLI: EU: C: 2007:261).

6.2 del TUE, declarando que la supresión del principio de doble incriminación (art. 2.2 que suprimía el control de su exigencia para las infracciones relacionadas en lista positiva) no implica violación del principio de legalidad, descartando igualmente una eventual discriminación entre los casos contenidos en la lista positiva y el resto.⁸¹

En todo caso, tal y como evidencia la referida jurisprudencia, la “soledad” del reconocimiento mutuo no puede ser únicamente paliada con el necesario “complemento” de la armonización legislativa. Otros tres principios adicionales han sido destacados por la doctrina⁸² como necesarios para que aquel pueda desplegar su plena virtualidad: el ya mencionado principio de *confianza* en correlación con el principio de *lealtad* y el principio de *disponibilidad*. La propia jurisprudencia (y también los textos legales) fueron progresivamente abandonando el recurso a otros principios clásicos de la cooperación internacional (vgr. principio de *reciprocidad*) para pasar a explicitar junto al reconocimiento mutuo esos tres principios inherentes al desarrollo de una nueva etapa en la cooperación penal.

Ya desde Tampere, la referencia a la vía del reconocimiento mutuo señalaba que la ejecución de las decisiones extranjeras debía ser lo más automática y directa posible y tenía en la confianza mutua un aspecto indiscutible. En el mismo sentido se evidenciaba en la conocida Sentencia *Gözütok y Brugge*,⁸³ asunto en que a propósito del pronunciamiento sobre el principio *ne bis in idem*, el TJ exigía la aceptación de la aplicación del derecho penal de otros Estados miembros incluso cuando la aplicación de su derecho nacional llevase a una solución diferente. Subrayaba que la confianza mutua no se sostiene con la vinculación teórica de los Estados miembros a los valores comunes afirmados en el artículo 6 TUE, antes bien, exige mecanismos que garanticen su efectividad. Se centraba en una exigencia de control de los derechos fundamentales que ha de ser afrontada como una cuestión de *garantía concreta y real no formal*.⁸⁴

⁸¹ En ese mismo sentido tratando de compatibilizar la DM reguladora de la euroorden con los derechos fundamentales, ha de destacarse que los seis TC nacionales que se pronunciaron al respecto manifestaron que la no extradición de nacionales no era un derecho constitucional absoluto sino que admitía límites, flexibilizando así tal principio.

⁸² ARROYO y NIETO, *op.cit.*, nota 15. *Vid* también ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN A. (dirs.), *op. cit.*, nota 78 y ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTÍN, A., *Código de Derecho Penal Europeo e internacional*, Instituto de Derecho Penal Europeo e internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, Ministerio de Justicia, 2008.

⁸³ Asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, *Procesos penales contra Hüseyin Gözütok (C-187/01) y Klaus Brügge (C-385/01)*. (Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Köln - Alemania y Rechtbank van eerste aanleg te Veurne), STJ de 11 de febrero de 2003, (ECLI: EU: C: 2003:87).

⁸⁴ En el mismo sentido, la restante jurisprudencia del TJ en asuntos relativos a la interpretación de ese principio *ne bis in idem* ya citadas y las resoluciones recaídas en : Asunto C-469/03, *Procedimiento penal entablado contra Filomeno Mario Miraglia*, (Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Bologna – Italia), STJ (Sala 5ª) de 10 de marzo de 2005, (ECLI:EU:C:2005:156); Asunto C-436/04, *Procedimiento penal entablado contra Leopold Henri Van Esbroeck*. (Petición de decisión prejudicial: Hof van Cassatie – Bélgica), STJ (Sala 2ª) de 9 de marzo de 2006, (ECLI:EU:C:2006:165); Asunto C-150/05, *Jean Leon Van Straaten*

La *confianza mutua* ha de ser contemplada en una doble vertiente: confianza en la aprobación por los otros Estados miembros de normas apropiadas y en su aplicación también de forma correcta. Obviamente el control sobre ambos parámetros (aprobación y aplicación) reviste cierta dificultad. Mientras el examen comparativo entre legislaciones procesales de los Estados miembros es más o menos sencillo desde punto de vista técnico jurídico (bien que siempre difícil en la práctica para las autoridades nacionales, que por regla general no han de tener sino una formación muy superficial en materia de derecho comparado), no lo es el análisis empírico sobre la aplicación práctica dicha normativa, cómo es interpretada jurisprudencialmente y los controles efectivos derivados del protagonismo en unos u otros sistemas del principio de legalidad u oportunidad en la instrucción penal.⁸⁵

La propia sentencia *Pupino* enfatizaba también las exigencias del principio de *lealtad* que implica que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias (generales y especiales) adecuadas para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas en el campo penal. Los órganos jurisdiccionales nacionales estarían sujetos a la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con las DM adoptadas en el ámbito del tercer pilar de acuerdo con el principio de *cooperación leal*.⁸⁶ Poniéndolo en relación con el principio de primacía, parecía evidente la necesidad de interpretar las normas penales nacionales de acuerdo con el Derecho de la UE.

En cuanto al principio de *disponibilidad*, su eficacia para el funcionamiento efectivo de la cooperación penal es palmaria si bien una vertiente *alarmante* del mismo desde el punto de vista de la tutela de los derechos fundamentales ha de ponerse también de manifiesto. No en vano, se ha calificado la cooperación basada en la transmisión de datos e informaciones de acuerdo con el principio de disponibilidad de la

contra *Staat der Nederlanden y Republiek Italië*, (Petición de decisión prejudicial: *Rechtbank 's-Hertogenbosch - Países Bajos*), STJ (Sala 1ª) de 28 de septiembre de 2006, (ECLI:EU:C:2006:614) y Asunto C-467/04, *Giuseppe Francesco Gasparini y otros*, (Petición de decisión prejudicial: *Audiencia Provincial de Málaga – España*) STJ (Sala 1ª) de 28 de septiembre de 2006 (ECLI:EU:C:2006:610).

⁸⁵ Teniendo en cuenta los distintos sistemas nacionales en materia de recursos, por no hablar de otros factores igualmente relevantes a efectos prácticos como la dotación efectiva de jueces y tribunales, número de asuntos asignados a cada uno, pendencia existente en los órganos judiciales, control de cumplimiento de plazos legalmente previstos y productividad de los órganos judiciales, así como los presupuestos materiales desde la perspectiva del ciudadano para su ejercicio del acceso a la tutela judicial efectiva : regulación del derecho de justicia gratuita y tasas judiciales etc...

⁸⁶ Dicho principio se explicita en la relevante Sentencia del TC Alemán de 18 de julio de 2005 por la que anulaba su ley de transposición de la DM de ODE (por violar las garantías recogidas en los arts.16.2 y 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, relativas al derecho de asilo y la no extradición de nacionales y la garantía de la doble instancia tutela judicial de los derechos). Es interesante precisamente el voto particular del magistrado Gerhardt que señalaba que la sentencia parece ignorar el pronunciamiento de la sentencia *Pupino* sobre el *principio de cooperación leal*, yendo más allá al pedir que se interprete ese derecho a la luz de la finalidad de tales DM para alcanzar el resultado previsto.

información tal y como fue anunciado en el Programa de la Haya, (*principle of availability/disponibilité*) como “el lado más oscuro del proceso penal europeo”.⁸⁷

Dicho principio de una gran operatividad, permite la plena accesibilidad de los datos registrados en un Estado miembro por las autoridades de otros Estados en igual medida. Las principales reservas al mismo vienen dadas del riguroso control que ha de establecerse para salvaguardar el derecho a la protección de datos personales y ante las distorsiones producidas por la ausencia de armonización previa en esta materia en que a partir de los efectos del reconocimiento mutuo, en ocasiones se rebasan los propios parámetros legales nacionales. Destaca especialmente la DM 2008/615/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (con origen en el Tratado de Prüm),⁸⁸ decididamente impregnada por ese principio de disponibilidad de la información junto con el de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y (en muy menor medida), la armonización de la legislación penal y procesal. Subraya la exigencia de protección de derechos a la intimidad y datos personales de los implicados si bien la ausencia de armonización de los ordenamientos nacionales en la materia *de facto* ha permitido el manejo de información transnacional más allá de las garantías exigidas por los ordenamientos internos, demostrando con ello cómo la pura operatividad del reconocimiento mutuo *per se* no basta para garantizar la eficacia (y en ocasiones la propia constitucionalidad interna) de la cooperación.⁸⁹

Profundizando en la necesaria garantía de los derechos de protección de datos, destaca la STJ de 30 de mayo de 2006 en relación a la entrega de datos de los pasajeros de vuelos a EEUU⁹⁰. En ella, el TJ muestra su talante como auténtica jurisdicción *tutelar*

⁸⁷ NIETO, *op.cit.*, nota 33, p.246.

⁸⁸ Ese principio encontró aplicación en el Tratado de Prüm, relativo a “la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal”, firmado por Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y Holanda el 27 de mayo de 2005, -en vigor el 1 de noviembre de 2006- (*vid.* nota 18). En principio limitado a la cooperación policial sobre datos de ADN y huellas, sin ir acompañada dicha transmisión de identificación del titular, extremo en que seguía siendo necesario acudir a una complementaria cooperación judicial, evitando así parcialmente riesgos para la protección de datos personales, todo ello ante la preocupante eventualidad de utilizar en el proceso penal la información procedente de los servicios de inteligencia. (Sobre el tema, *vid.* ZILLER J., “El Tratado de Prüm”, REDCE, Universidad de Granada, www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/02jacquesziller.html. (última consulta 20 de marzo de 2015).

⁸⁹ Otras normas basadas en este principio: La DM 2006/960/JAI del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la UE, la DM 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y por la Directiva 2006/24/CE del PE y del Consejo de 15 de marzo sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. (ya citadas en nota 13 y 16).

⁹⁰ Asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea (C-317/04)* y *Comisión de las Comunidades Europeas (C-318/04)*, STJ (GS) de 30 de mayo de 2006, (ECLI:EU:C:2006:346).

de derechos fundamentales en esta materia tan sensible exigiendo un necesario contrapeso a las imperativas exigencias en materia de seguridad.⁹¹

Puede concluirse de lo expuesto, que el recurso constante (e incluso explícito) de la legislación y jurisprudencia europea a los referidos principios de confianza, lealtad y disponibilidad (dotando de pleno sentido al reconocimiento mutuo), suponen la cristalización o confirmación (incluso en ese ámbito del tercer pilar) del efectivo avance hacia criterios que excedían ya en aquel momento el ámbito del modelo cooperativo hacia formas de supranacionalidad⁹² e incluso hacia lo que podría calificarse de un *Derecho Penal federal embrionario* barajando a futuro una perspectiva supranacional del Derecho Penal en que los socios europeos no precisen de justificaciones recíprocas ni controles adicionales sobre la labor jurisdiccional de las autoridades de los otros Estados miembros (en ocasiones, meramente policial, en relación al principio de disponibilidad), ni la verificación de la existencia de similares o equivalentes parámetros normativos (ni sustantivos ni procesales). *A priori* llegarían a otorgar a tales “socios” el tratamiento inicialmente reservado a su propio ámbito territorial, en un decidido paso hacia la abolición de fronteras también en este reducto tan sensible y vinculado a la soberanía estatal. Avance que en todo caso sólo habría de ser efectivo atendiendo al fenómeno que se viene constatando en el panorama europeo: la progresiva fusión e interacción de categorías procedentes del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional Público y siempre sobre la base del respeto absoluto a los derechos fundamentales.⁹³

En el mismo sentido, no deja de ser sugerente la idea de un Derecho Constitucional Europeo como nuevo “ius commune” del cual formaría parte central la teoría europea de los derechos fundamentales.⁹⁴

⁹¹ Vid. IGLESIAS RÍO, M.A., “Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del Derecho Penal preventivo y de la seguridad. Un nuevo ejemplo en el Anteproyecto de reforma del CP de 2010”, *Revista de Derecho Penal*, nº 39, 2013, año XIII, Lex Nova, pp. 9-38.

⁹² SIEBER, *op.cit.*, nota 15.

⁹³ Señala GARCÍA ROCA, *op.cit.*, nota 65 (pp. 47 -66) que se está produciendo un “curioso fenómeno”. De un lado una *internacionalización de las constituciones* (como muestra el artículo 10.2 CE con origen en el interesante art. 16 de la Constitución portuguesa) con cláusulas constitucionales de apertura al Derecho Internacional sobre derechos humanos. Y de otro, una *constitucionalización del Derecho Internacional*, especialmente en materia de derechos y de todo el Derecho Europeo.

⁹⁴ HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial De Los Derechos Fundamentales*, Dyckinson, Madrid 2003. Muy sugerente también el artículo del mismo autor; HÄBERLE, P., “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, 1993. pp. 7-46. Igualmente, muy esclarecedores sobre derecho constitucional europeo: JÁUREGUI BERECIARTU, G; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (coords.), *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; JIMENA QUESADA, L., ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Biblioteca Nueva, 2006; CARMONA CONTRERAS, A.M. (coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

PARTE II. HACIA UN AUTENTICO ELSJ: ¿A DÓNDE LLEVA EL TRATADO DE LISBOA?

Efectuada ya una completa y crítica valoración de la fase previa a Lisboa, y partiendo del rumbo adoptado inicialmente por la UE desde esa perspectiva tutelar de derechos fundamentales, se plantean nuevos interrogantes en relación a la novedosa reforma operada por dicho Tratado, y a resultados de su puesta en práctica, el recorrido y evolución de la Unión desde la entrada en vigor de aquel hasta la actualidad.

¿Ha supuesto realmente el nuevo escenario diseñado por el Tratado de Lisboa el fundamento de un auténtico ELSJ de tutela judicial de garantías procesales penales? ¿Era preciso un cambio sustancial en el entramado jurídico institucional para “europeizar” dicha materia?, ¿Implican las novedades operadas por el mismo una profundización en las posibilidades efectivas de tutela judicial de derechos?, ¿Cuáles son las nuevas posibilidades y desafíos que surgen para los órganos jurisdiccionales en su inherente labor tutelar de derechos de sospechosos y acusados durante la instrucción penal? Todo apunta a que no puede ser menospreciado el avance representado por esta sustancial reforma al triple nivel, institucional, legislativo y judicial. De un lado, en tanto que podría afirmarse que el diseño resultante de Lisboa efectivamente ahonda en la operatividad de la tutela encomendada a los órganos jurisdiccionales, tanto europeos (al doble nivel de la UE como del ámbito propio del CEDH), como nacionales, perfilando ya en un sentido evolutivo una dimensión específicamente europea de tales garantías penales.

Para responder a tales cuestiones, ha de valorarse el alcance y potencialidad de las novedades introducidas por el Tratado desde un punto de vista institucional, muy especialmente en cuanto al renovado diseño que se efectúa del TJ y sus funciones tutelares de derechos, la relevancia que se confiere en esa materia también a las autoridades judiciales de los Estados miembros y la difícil coexistencia de una tutela judicial de derechos en tres estadios derivada de la necesaria interacción de las jurisdicciones nacionales (ordinaria y constitucional), el TJ y el TEDH.

En el mismo sentido, han de ser analizadas desde una perspectiva crítica las importantes novedades proyectadas, con directa incidencia en esta materia. Muy especialmente, las implicaciones de la creación de una Fiscalía Europea y la preceptiva adhesión de la UE al CEDH, habida cuenta la inherente y compleja problemática que plantea la sumisión de aquella a la jurisdicción del TEDH.

No podrá obviarse una referencia a la expresa positivación y desarrollo legislativo de los derechos procesales, (a nivel de derecho originario y derivado), el eterno debate en materia competencial sobre la Carta, el cambio de estrategia legislativa, la cuestión

de su legitimación y los principios que subyacen en la base del proceso legislativo, así como la velocidad impelida al mismo por los Estados miembros, comprendiendo la concreta “hoja de ruta” diseñada al efecto.

1.- LISBOA: UN NOVEDOSO ESCENARIO LLENO DE POSIBILIDADES

El experimento consistente en la aprobación de una auténtica Constitución Europea en el seno de la UE supuso un entusiasta relanzamiento de los más ambiciosos objetivos del proyecto integrador europeo. Tras la euforia inicial de la firma del citado Tratado Constitucional, una vez aprobado su texto en Roma, por el Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno el 29 de octubre de 2004, en un acto de notoria relevancia y trascendencia histórica y cuando solo restaba para su entrada en vigor que se completara la ratificación por cada uno de los entonces veinticinco Estados miembros (por aprobación de los Parlamentos nacionales y/o referéndum según las exigencias constitucionales de cada uno), la negativa obtenida en la consulta popular realizada en Francia (e igualmente en Países Bajos)⁹⁵ actuó de inesperado detonante de una de las más importantes crisis jurídico institucionales a que se ha enfrentado la Unión Europea, quedando definitivamente frustrada la entrada en vigor del citado Tratado, tras haber sido ratificado sólo por dieciocho miembros.

Se abrió entonces una grave crisis constitucional y un subsiguiente periodo de reflexión tras el Consejo Europeo de Bruselas (de 16 y 17 junio de 2005), que fue punto de partida del llamado Plan D (*Democracia, Diálogo y Debate*) fijándose como doble objetivo de la UE una tentativa de *rescate* constitucional y sobre todo (e imprescindible para tal fin), de recuperación de la confianza del ciudadano. Tras ese periodo de *resaca* constitucional y bajo presidencia alemana volvió a retomar protagonismo la necesidad de acometer el proceso pendiente de renovación de los Tratados, asumiendo el menos ambicioso pero más seguro procedimiento clásico de reforma.⁹⁶

Abandonado el proyecto de dotar a Europa de una Constitución y sin embargo conscientes de la necesidad de un nuevo marco jurídico institucional para la UE,

⁹⁵ En fechas 29 de mayo y 1 de junio de 2005, respectivamente. (En España había tenido lugar un referéndum con tal objeto en febrero de 2005 con resultado significativamente positivo).

⁹⁶ Se hurtaba con ello a la opinión pública europea la decisión directa sobre su futuro en una suerte de *neo despotismo* ilustrado.

finalmente un nuevo texto, esta vez un Tratado de Reforma, fue finalmente firmado por los entonces veintisiete miembros de la UE⁹⁷. El día 13 de diciembre de 2007 tuvo lugar la firma del nuevo texto, denominado Tratado de Lisboa.⁹⁸ Es un Tratado de Reforma que no sustituye ni compila los anteriores Tratados sino que los complementa. Carece de estructura o forma constitucional si bien recupera importantes contenidos de la fallida Constitución.

Desde una perspectiva formal, supone un paso atrás respecto del anterior proyecto constitucional, siguiendo el procedimiento tradicional de modificar los textos preexistentes (como los anteriores: AUE (Acta Única Europea), Maastricht, Ámsterdam, Niza)⁹⁹, cambiando la denominación de los dos Tratados principales de la UE pasando a llamarse: TUE (Tratado de la Unión Europea) y TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), ambos con el mismo rango. Un texto consolidado integra las modificaciones de este último Tratado¹⁰⁰.

En cuanto a su contenido, afronta la muy necesaria modernización y reforma de la UE de veintisiete miembros, (hoy 28, tras la reciente adhesión de Croacia el 1 de julio de 2013), optimizando sus instrumentos jurídicos y reforzando su capacidad de actuación. Trata de responder a una mayor demanda en ámbitos de cambio climático, seguridad energética y terrorismo internacional, siendo tres sus fundamentales objetivos: el fomento de la eficacia, la democratización de todo el entramado institucional y la configuración de Europa como verdadero actor independiente en la escena internacional. En el ámbito ideológico buscaba la configuración una Europa de derechos

⁹⁷ Verificada en ese año la adhesión de Rumanía y Bulgaria.

⁹⁸ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, (DO C 306 de 17 de diciembre de 2007, p. 1/271). (Versión consolidada del Tratado de la UE y del Tratado de Funcionamiento de la UE en DOUE nº C 115 de 9.5.2008). El Tratado entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. (Vid. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012, pp. 47/390) y Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012, pp. 13/390). Este Tratado ha sido objeto de innumerables estudios. Destacan entre otros muchos: BIONDI, A., (ed.), *Eu Law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012; DOUGAN, M., "The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts", *Common Market Law Review*, vol. 45, nº3, 2008; MANGAS MARTÍN, A., "Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa. Categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Iustel, Madrid, 2008; MILLÁN MORO, L., "El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 14, nº 36, 2010, pp. 401-438; PARDO GETINO, L.A., "Los derechos humanos en el marco de la última reforma de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010; ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*. Il Molino, Bolonia, 2007.

⁹⁹ AUE, Acta Única Europea, (1986) publicada en DO L 169, 29 de junio de 1987; Tratado de Maastricht (1992), DO, C 191 de 29 de julio de 1992; Tratado de Ámsterdam (1997), DO C 340 de 10 de noviembre de 1997 y Tratado de Niza (2001), DO C 80 de 10 de marzo de 2001. Vid. notas 1,2 y 9.

¹⁰⁰ Vid. nota 98. (Posteriormente se han aprobado otros textos consolidados, siendo las versiones de 2012 las últimas disponibles en: <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html> (última consulta 1 de junio de 2015). Respectivamente: versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (DO C 326 de 26.10.2012, pp. 47/390) y versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 326 de 26.10.2012, pp. 13/390).

y valores, libertad, solidaridad y seguridad que potenciase los valores de la Unión, concediera por fin rango de derecho primario a la Carta de los Derechos Fundamentales y garantizase nuevos mecanismos de protección a sus ciudadanos.

Desde la perspectiva de este estudio es evidente que el cambio operado en Lisboa ha sido sustancial: desde una perspectiva estructural, consolidando una política *comunitarizada* y abierta a nuevas y más amplias posibilidades en materia de Derecho Penal tanto sustantivo como procesal (avanzando hacia la configuración de un auténtico ELSJ) y desde el concreto ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, (específicamente los derechos procesales penales, también llamados garantías) ante la doble novedad de la eficacia jurídica de la CDFUE y la proyectada adhesión de la UE al CEDH que implicaba su futura sumisión a la jurisdicción del TEDH.

A. El salto cualitativo

El Tratado de Lisboa abre nuevas perspectivas a la cooperación penal y al ELSJ europeo. La mayor novedad estructural, dotada de gran trascendencia, es la eliminación de la política de intergubernamentalidad mediante el fin de la Europa de los tres pilares, *comunitarizando* la materia que nos ocupa, (cooperación judicial penal) antes regulada prioritariamente dentro del tercer pilar (pasando a ocupar el capítulo IV del nuevo Título V de la tercera parte del TFUE), destinado a la regulación del ELSJ. Igualmente, como novedades sustantivas la UE se dotaba expresamente de personalidad jurídica, proclamando el principio de primacía y comprometiéndose a una futura adhesión al TEDH.

En la nueva regulación del TFUE, el ELSJ está regulado en los artículos 82 a 86 TFUE y Protocolos 21 (sobre la posición de RU e Irlanda) y 22 (Dinamarca) y viene a rescatar los principales contenidos del fallido texto constitucional, sustrayendo la materia al ámbito de decisión intergubernamental y correlativamente extendiendo a la misma el procedimiento legislativo de codecisión (llamado ordinario), optando por las Directivas como fuentes de derecho idóneas para asumir las nuevas labores armonizadoras y ahondando en la progresiva judicialización de este ámbito permitiendo su efectiva sumisión a la jurisdicción del TJ.

Se mantiene la realización del ELSJ como general objetivo de la UE, (art 3, aptdo. 2 TUE) incluso por delante del mercado interior. Como concretos poderes para llevarlo a efecto se consagra una competencia compartida entre UE y Estados miembros (art. 4.2j TFUE). Es por ello de aplicación el principio de subsidiariedad (nuevo art. 5.3

TUE) y el mecanismo para controlar su observancia: el denominado sistema de alerta temprana: (*early warning system*) confiado a los Parlamentos nacionales que, con un renovado protagonismo, vienen a apuntalar la legitimidad material de toda la construcción. Y así, como concesión a las exigencias del Estado de Derecho y derechos fundamentales, se rebaja (a un cuarto) la “minoría de reconsideración” de los proyectos normativos de la Unión en el marco de políticas de cooperación policial y penal y aproximación de legislaciones penales sustantivas o procesales penales (y cooperación administrativa), cuando en el resto de materias es de un tercio).¹⁰¹

En el nuevo artículo 82.1 del TFUE se consagra la combinación de los principios de reconocimiento mutuo y aproximación de legislaciones en materia penal y procesal penal, expresados por primera vez por escrito como contenido del derecho originario, (como se había venido fraguando a resultas de las experiencias del tercer pilar), superando así las deficiencias derivadas de la *soledad* del primero, hasta entonces considerado alternativa autosuficiente y excluyente del segundo.

Institucionalmente se refuerza Eurojust (Unidad Europea de Cooperación Judicial en materia penal). El artículo 85 lo regula de forma independiente, lo *comunitariza* y amplía sus cometidos, erigiéndolo en “centro de la política penal europea” (en la línea propugnada por las instituciones europeas). Se le encomiendan tareas de carácter procesal penal (competencias en materia de iniciación de investigaciones, incoación de procesos en el ámbito de protección de intereses financieros de la UE, coordinación e incluso (más limitadamente), resolución de conflictos de jurisdicción, consagrando su papel impulsor de la cooperación judicial penal. En todo caso, si bien es propiamente un mecanismo de cooperación y coordinación jurisdiccional entre las autoridades nacionales competentes, serán los funcionarios nacionales los que hayan de adoptar los pertinentes actos formales de índole procesal.

Se incluye una explícita definición de los principios que han de presidir esas políticas de cooperación y aproximación penal (respeto de derechos fundamentales y las identidades y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, (art. 67.1 TFUE) y también la garantía de un nivel elevado de seguridad (art. 67.3 TFUE). Y como resquicio

¹⁰¹Art. 7.2 del Protocolo nº2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. (“Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 76 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia”).

del anterior sistema interestatal se consagra una novedosa mención al derecho de los Estados miembros a mantener formas de cooperación ajenas al marco comunitario entre sus servicios especializados en seguridad nacional (art. 73 TFUE)¹⁰²

Se consagra también en Lisboa el *principio de neutralidad competencial* (enunciada por el art. 51.2 de la Carta) y también otros principios: *trato equitativo* a los nacionales de terceros estados con residencia legal, (art. 79TFUE) y *principio de solidaridad*, también financiera entre Estados miembros, (art. 80).

En cuanto al “respeto a sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros” como parámetro material (art. 67.1 TFUE), parece excluir *hic en nunc* un único sistema federal o supranacional judicial o policial, sin perjuicio de que pudiera ser un objetivo de futuro.

Indudablemente, el *salto* de Lisboa es cualitativamente importante atendiendo a la positiva abolición de la estructura de pilares y la consagración de una apuesta decidida por el ejercicio de una competencia legislativa armonizadora en materia penal (materia tradicionalmente vetada a la intervención comunitaria), con mayor incidencia en asuntos graves y de delincuencia transfronteriza pero también abierta a otras formas de delincuencia.¹⁰³

En su conjunto, el nuevo marco de Lisboa ha paliado parcialmente las principales críticas surgidas del anterior sistema, dotando a la nueva estructura jurídico institucional de mayor operatividad y legitimidad democrática en tanto que incrementa los poderes legislativos reales del PE,¹⁰⁴ generaliza el procedimiento legislativo de codecisión, (con una mayor intervención del mismo) y las Directivas como fuentes de derecho sometidas al control judicial, minimizando el peligroso recurso a la unanimidad interestatal y generalizando la judicialización de las nuevas construcciones jurídicas que se proyectan

¹⁰² Fue una exigencia del RU.

¹⁰³ En cuanto a la cooperación policial, en el mismo sentido se simplifica la definición de ámbitos de cooperación policial (art. 87 TFUE) permitiendo la adopción de medidas (también por el procedimiento legislativo ordinario) sobre recogida, almacenamiento, tratamiento, intercambio de información, el apoyo a la formación y la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial y las técnicas comunes de investigación para localizar formas graves de delincuencia organizada (con formas de cooperación reforzada) todo lo cual incide de forma directa en el desarrollo de la instrucción penal. Igualmente se simplifica la regulación de Europol (Unidad Europea de Cooperación Policial) (art. 88 TFUE) y le encomienda el apoyo a la actuación de las autoridades policiales nacionales y la colaboración mutua para prevenir la delincuencia grave que afecte a más de un Estado miembro, el terrorismo y formas de delincuencia lesivas de intereses comunes objeto de una política de la Unión.

¹⁰⁴ También la intervención de los Parlamentos nacionales en la supervisión de Europol y Eurojust (art.70 TFUE) refuerzan el control democrático de su funcionamiento.

en el futuro del ELSJ contando ya firmemente con la necesaria tutela de derechos fundamentales.

B. Un poder judicial europeo más fuerte y un justiciable más activo. (Algunas cuestiones procesales en materia de legitimación y recursos) ¹⁰⁵

Sin duda tras el Tratado de Lisboa, el TJ resulta reforzado en sus competencias ampliándose el ámbito objetivo de su acción jurisdiccional en garantía y salvaguarda de los derechos fundamentales en el seno de la UE. El hecho de que se haya integrado el ámbito de Cooperación Judicial Penal en el futuro Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (desapareciendo las fuentes de derecho específicas de aquel ámbito), viene a incrementar las competencias de las instituciones comunitarias en lo que venía siendo un tercer pilar intergubernamental por lo que igualmente se ha extendido la jurisdicción del TJ sobre el mismo, eliminándose las anteriores restricciones que impedían al citado órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos adoptados en dicho marco.¹⁰⁶

Se mantiene la tradicional excepción del control judicial en materia de reserva de competencias estatales sobre orden público y salvaguardia de seguridad interior, (art. 72 TUE) con prohibición al TJ de controlar las operaciones policiales con tal fin, (art. 276 TFUE), si bien tal limitación ha sido emplazada en la regulación general de recursos y

¹⁰⁵ Sobre la importancia del poder judicial en la fase previa a Lisboa: AZOULAI, L., "Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence", *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, nº1, pp. 29-46, 2008; ALONSO GARCÍA, R., "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Cuadernos de derecho público*, nº13, 2001, pp. 13-43; BRAUM, S. y WEYEMBERGH, A., *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université d Bruxelles, Bélgica, 2009; DE BURCA, G., Y WEILER J.H.H., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001; RASMUSSEN, H., *On law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirs.), *El Derecho Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993; RUIZ JARABO COLOMER, D., *El Juez nacional como Juez europeo*, FUE/Civitas, Madrid, 1993; RUIZ JARABO COLOMER, D., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas" en *Estudios de Derecho Europeo*, CGPJ, Madrid, 1989, pp. 39 y ss.; SAIZ ARNAIZ, A., (dir.) y ZELAIA GARAGARZA, M (coord.), *Integración europea y poder judicial*, IVAP, Oñate, 2006; SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004; TRIDIMAS, T., *The European Court of Justice and the EU Constitutional Order: Essays in Judicial Protection*, Hart, Oxford, 2008.

¹⁰⁶ Desaparece la anterior necesidad de suscripción de cláusula compromisoria. Estos ámbitos pasan a someterse al régimen general de recursos con la temporal excepción de las cláusulas transitorias sobre el acervo del tercer pilar: nuevo Protocolo nº 36 anejo al TFUE sobre Disposiciones transitorias que establece que durante cinco años (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009) los actos y convenios adoptados antes por los Estados miembros al amparo del TUE, conservan sus efectos como tales mientras no sean modificados o derogados o anulados y seguirán sometidos al régimen de vigilancia de la Comisión y al de control del TJ del anterior art. 35 TUE (-más débil que el propio del derecho derivado-). *Si fueran reformados tras la entrada en vigor de Lisboa, no mantienen esa peculiaridad*. (Por su parte, el RU ha quedado desligado de las atribuciones de la Comisión y del Tribunal sobre el acervo normativo del tercer pilar).

ya no circunscrita a ELSJ. En cuanto a la PESC, (Política Exterior y de Seguridad Común), pese a mantenerse su estructura diferenciada también se extiende parcialmente a la misma la jurisdicción del Tribunal que podría conocer de recursos de anulación contra decisiones adoptadas por el Consejo en dicho ámbito si conllevasen medidas restrictivas contra personas físicas y jurídicas.

El ciudadano sin embargo mantiene una muy limitada *legitimación activa* ante el TJ. *A priori*, una norma o acto de la UE que viole derechos fundamentales incurre en nulidad y podría ser por ello impugnada en el seno de los correspondientes recursos de nulidad y cuestiones de prejudicialidad en apreciación de validez. Sin embargo, los procedimientos y recursos existentes evidencian claras deficiencias para hacer efectiva dicha tutela en tales supuestos.

Y así, el procedimiento de anulación (art. 263 y ss del TFUE) podría ser utilizado demandando la anulación de actos y disposiciones generales de la Unión contrarios a la legalidad comunitaria en que se ha integrado (ya como derecho originario) el contenido de la Carta, Y por ende los derechos contenidos en el título “Justicia” cuya vulneración podría ser directamente invocada y fundamentar dicho recurso. Su resolución se concretaría en una sentencia de naturaleza declarativa, (bien que vinculante para la institución de que emanó el acto impugnado) pero no condenatoria. La institución en cuestión sería la responsable de dotar de eficacia real a la misma adoptando las medidas necesarias para el caso concreto. Pero es revelador (y señala una cierta insuficiencia de dicho cauce procedimental a los efectos analizados), que la regulación de la legitimación activa y pasiva en dicho procedimiento impida que se utilice el mismo por parte de particulares frente a actos de Estados miembros, tratándose quizá del ámbito en que más frecuentemente han de surgir eventuales conflictos o vulneraciones en materia de derechos fundamentales procesales en el seno de un proceso penal.

A tenor de la interpretación que viene efectuando el TJ, las vulneraciones del derecho originario por parte de los Estados miembros (incluyendo la vulneración de derechos reconocidos en la Carta), pueden ser en su caso impugnadas ante el mismo por parte del Consejo y también por los otros Estados miembros pero las sentencias que en su caso condenasen a un Estado miembro (por una vulneración del derecho objetivo de la UE) no podrían incluir una exigencia de cumplimiento “in natura”. El Estado condenado (por una vulneración imputable a sus administraciones pública, corporativa o institucional o incluso la administración de justicia -señaladamente en supuestos de vulneración de garantías fundamentales con ocasión de un proceso penal- está obligado

a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de la sentencia, (que difícilmente podría de conformidad al sistema procesal español vigente conllevar la revocación o anulación de una resolución judicial interna firme). En caso de no hacerlo, será la Comisión quien inste del Tribunal que en su caso cuantifique el equivalente pecuniario del incumplimiento, alcanzándose con ello una mera ejecución sustitutiva (de reparación de daños y perjuicios), lo que supone una evidente frustración para el litigante que, pese a obtener un pronunciamiento favorable, ha de aceptar siquiera parcialmente la conculcación de sus derechos fundamentales (en ocasiones padeciendo un daño moral irreparable).

A nivel interno, un particular que se estime perjudicado por una norma del ordenamiento propio de la UE podrá invocar ante sus jurisdicciones nacionales la vulneración de un derecho fundamental, pero dicha jurisdicción no es competente para declarar por sí misma la invalidez de los actos de las instituciones de la UE,¹⁰⁷ manteniendo el TJ el monopolio del control de legalidad de los referidos actos y por tanto para declarar, en su caso, su invalidez. La vía de recursos o alegaciones de nulidad de actuaciones en tal sentido en el curso de una instrucción penal en nuestro país resulta inoperante al efecto y posiblemente también en un eventual recurso de amparo ante el TC.¹⁰⁸

El particular, tiene a su disposición dos vías de acceso al TJ, que aún en el nuevo panorama esbozado en Lisboa (presuntamente más garantista) resultan insuficientes y restrictivas: el recurso directo (art. 263 TFUE), en que sólo estaría legitimado si impugna una decisión de que es destinatario o que le afecte directa e individualmente, (aunque revista la forma de Reglamento) y el derecho a promover la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) cuyo planteamiento no depende únicamente de su iniciativa sino de la apreciación del órgano jurisdiccional nacional, (que la planteará facultativamente si es un órgano de instancia y en teoría, obligatoriamente, si sus decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial en el Derecho nacional interno).¹⁰⁹ Sin embargo, no puede dejar de valorarse positivamente la desaparición en Lisboa de las restricciones preexistentes respecto de la estrecha porción comunitaria del ELSJ (antiguo art. 68

¹⁰⁷ Así lo explicita el Asunto 314/85, *Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost*, (Petición de decisión prejudicial: *Finanzgericht Hamburg – Alemania*), STJ de 22 de octubre de 1987, (ECLI:EU:C:1987:452)

¹⁰⁸ Sin embargo, ha sido precisamente a través de la vía del recurso de amparo cuando mayores pronunciamientos se han producido por parte del TC español, con ocasión de derechos fundamentales procesales invocados como vulnerados por los sujetos pasivos de una orden de detención y entrega europea, como se analizará en el estudio pormenorizado de los mismos.

¹⁰⁹ El TEDH precisamente examinando dicha legitimación de los particulares (y en cuanto al derecho a un proceso justo), ha declarado en Sentencia dictada en *As. Grifhorst v. Francia* que “no puede deducirse del art. 6.1 del Convenio el derecho absoluto a que un asunto sea sometido a título prejudicial ante el TJCE”, (*GRIFHORST v. Francia*, nº 28336/02, 26 de febrero 2009).

TUE), que circunscribía el planteamiento de la cuestión prejudicial a los órganos de última instancia. Se posibilita ahora una mayor fluidez en la cooperación entre TJ y jurisdicciones nacionales y se activa la operatividad del instituto del reenvío prejudicial que precisamente incorpora una norma especial para el ámbito procesal penal: la necesidad de agilizar los plazos de decisión si en el proceso cuya cuestión se plantea existe una persona privada de libertad. Al efecto se ha arbitrado un nuevo procedimiento de urgencia.¹¹⁰

Destacando el papel del TJ en la *europización* del Derecho Penal nacional y la relevancia de la cuestión prejudicial al respecto, se ha señalado que sigue existiendo un déficit de la organización *vertical* del Espacio Judicial Europeo (en lo relativo al Derecho Penal).¹¹¹ Principalmente, poniéndose de manifiesto la difícil adaptación de dicho instrumento del reenvío a las peculiaridades del proceso penal así como la subsistencia de problemas de legitimación activa en cuanto al denegado acceso al recurso de incumplimiento y nulidad (arts. 230 y 35 TUE) respecto de los jueces nacionales y particulares (en su calidad de víctimas o de sospechosos y acusados). En tales recursos solo siguen legitimados los Estados, el Consejo, el PE y la Comisión, (es decir ni las autoridades judiciales ni los justiciables implicados directamente en el caso concreto). Sin embargo, precisamente la cuestión de la legitimación reviste vital importancia en el desarrollo del Derecho Penal Europeo, a los efectos de controlar la adecuación de las Directivas al principio de subsidiariedad y al respeto a los derechos fundamentales.

En cierto modo como una suerte de contrapeso a ese déficit de legitimación mantenido tras Lisboa, ha de tenerse en cuenta que a su vez, el artículo 19 TUE profundiza aún más si cabe el papel de los Tribunales de los Estados miembros como Jueces europeos, obligando expresa y tajantemente a estos últimos a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.¹¹²

Como reto novedoso de Lisboa, el artículo 257 TFUE abre el camino a la eventual creación de un Tribunal penal *comunitario* dejando el modelo judicial europeo abierto a nuevas posibilidades estructurales, permitiendo que el PE y el Consejo con

¹¹⁰(Art. 104 ter del Reglamento de procedimiento del TJ). (Las últimas reformas relevantes han sido plasmadas en Reglamento (UE, Euratom) n ° 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012, por el que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su anexo I (DO L 228 de 23 de agosto de 2012, p. 1/3, y con la aprobación de Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (DO C 337 de 6 de noviembre de 2012, pp. 1/42).

¹¹¹ Vid. NIETO MARTÍN, A., *op.cit.*, nota 33.

¹¹² Vid. epígrafe sobre derecho a la tutela judicial efectiva que desarrolla este tema conjuntamente con el de la cuestión prejudicial.

arreglo al procedimiento legislativo ordinario puedan crear Tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, encargados de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos “en materias específicas”. *De lege ferenda* podría abogarse por la futura creación, amparándose en dicho precepto (y según se evidencien las nuevas necesidades jurisdiccionales en la materia, a resultas de la concreción de las nuevas competencias legislativas), de ese Tribunal especializado precisamente en resolución de cuestiones prejudiciales penales o conflictos de competencias entre Tribunales nacionales, o como una suerte de “Juez de libertades” o “garantías” en cuanto a los actos de investigación del MF europeo en relación con los derechos fundamentales, entre otras muchas.¹¹³

En todo caso, reforzado en Lisboa ese “poder judicial europeo” y su inherente función tuitiva, se avanza un paso en más en el arraigo definitivo de las exigencias de legitimación democrática de todo el proyecto europeo.

C. Un paso más: la futura Fiscalía Europea

El Tratado de Lisboa contiene la previsión de la creación de una FE (Fiscalía Europea), iniciativa novedosa y de compleja articulación (cuya base jurídica se fija en Eurojust).¹¹⁴ Entre sus competencias, estaría el ejercicio de la acción penal contra infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la UE sin agotarse en las mismas. Podría ampliarse a la lucha contra la delincuencia grave con dimensión transfronteriza, si así lo decide unánimemente el Consejo Europeo previa consulta a la Comisión y aprobación del PE (aptdo. 4 del art. 86 TFUE). No configura un régimen de monopolio del ejercicio de la acción penal para la Fiscalía Europea, atendiendo al riesgo de colisión con los principios fundamentales de las legislaciones nacionales que regulan el tema de forma tan heterogénea.¹¹⁵

La FE no es una idea original ni repentina del Tratado de Lisboa sino que venía siendo apuntada en anteriores iniciativas de la Comisión (a los efectos de potenciar la lucha contra los delitos de carácter económico que pudieran afectar específicamente a los intereses financieros de la UE).¹¹⁶ En el Tratado de Lisboa (arts. 86 y 325 de TFUE)

¹¹³ NIETO MARTÍN, A., *op.cit.*, nota 33.

¹¹⁴ En prevención de las dificultades eventuales de consenso en la materia se explicitaba la posibilidad de ser creada en el ámbito de la cooperación reforzada solo por nueve Estados miembros.

¹¹⁵ Vgr., en España partiendo del sistema acusatorio, existe aún, bien que controvertida, la institución de la acción popular junto a la acusación pública y particular.

¹¹⁶ Concretamente un antecedente de la FE es el *Corpus Iuris*, iniciativa que nació de la Comisión encargando a grupo de expertos dirigidos por Mireille Delmas-Marty un análisis del Derecho Penal y Procesal penal con objeto de elaborar un conjunto de principios rectores en el ámbito de la protección penal

el proyecto se hizo realidad, consagrándose ya la base jurídica sobre la que ser construida. Su creación no era imperativa ni dicha institución imprescindible para el desarrollo y funcionamiento del ELSJ, pese a las enormes potencialidades de su desarrollo futuro en la materia. Toda la regulación de la FE es remitida por el art 86 del TFUE a su Reglamento de creación que también habrá de esbozar el control jurisdiccional de sus actos, sus principios y organización¹¹⁷.

Revestirá sin duda gran complejidad jurídica su configuración y la regulación de su relación con los actores europeos preexistentes (OLAF, Eurojust, Europol). Varias son las interpretaciones doctrinales de la imprecisa expresión del artículo 86 que señala su creación “a partir de Eurojust”, si bien obviamente la obligación de coordinación con el mismo a los efectos de eliminar duplicidades se da por supuesta. Muchas han sido las contribuciones *de lege ferenda*, siendo máxima la libertad en la creación de la futura figura y complejo el consenso a alcanzar entre Estados, atendiendo a las diversas funciones a efectos “instructores” asumidas por las distintas Fiscalías de cada sistema nacional.¹¹⁸

El texto hoy en discusión determina su creación como un nuevo órgano de la Unión con personalidad jurídica, fijando su relación con Eurojust. Entre las características principales de la Fiscalía Europea, hace referencia a la independencia y la rendición de cuentas, que deben garantizar que esta puede ejercer sus funciones y sus competencias con inmunidad a toda influencia indebida. (Así se tiene en cuenta en

de los intereses de la UE y que planteaba ya las primeras premisas para la creación de un Fiscal Europeo. (primera versión en 1997, mejorada en la del año 2000). Ambas versiones: *Corpus Juris, sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty, Económica, París 1997 (y *Corpus Iuris* (Appendix II: Guiding principles of *Corpus Juris* 2000 (draft agreed in Florence) (disponible en ec.europa.eu/anti...corpus/corpus_juris_en.pdf) (última consulta 12 de enero de 2015). También existe otro precedente en el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, (Bruselas, 11 de diciembre de 2001), (COM (2001) 715 final).

¹¹⁷ Actualmente está en discusión la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la FE, (17 de julio de 2013) (*I** COM/2013/0534 final - 2013/0255 (APP) **/*).

¹¹⁸ Vid. PÉREZ MARÍN, M. A., “El futuro órgano instructor común: una propuesta para la organización de la Fiscalía Europea y para el control de su actividad”, *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, nº108, Dickinson, Madrid 2012, (pp. 141-174). Señalaba la autora cómo en España (modelo en pleno debate y que previsiblemente cambiará con ocasión de la inminente reforma procesal), la instrucción ha venido siendo monopolizada (a excepción de la jurisdicción de menores con competencias específicas de la Fiscalía de menores) por los órganos propiamente judiciales: Jueces de Instrucción as como órganos instructores especializados, Jueces de Violencia sobre la Mujer, Juzgados Centrales de Instrucción) mientras que en el RU las principales facultades de investigación son policiales, complicándose en otros ordenamientos el panorama en tanto la categoría de Magistrado se reconoce tanto a Jueces como Fiscales que tienen consideración de órgano *judicial*, (vgr., Portugal). A juicio de la autora, la FE debería estar formada por los profesionales (jueces, fiscales o policías) que en cada Estado miembro desempeñan funciones investigadoras, del mismo modo que en Eurojust lo son los representantes y puntos de enlace. Se ha reseñado la necesidad y conveniencia de contar con la experiencia de OLAF como órgano especializado en investigación (si bien administrativa) de la lucha contra el fraude (pudiendo también actuar como policía especializada bajo la dirección del FE representando su brazo ejecutivo junto a las policías nacionales), así como con la formación y experiencia de Eurojust y Europol en la investigación de delitos.

cuanto a la fijación del proceso de nombramiento del Fiscal Europeo, mientras que su procedimiento de cese recae sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el caso de los fiscales europeos delegados, (nombrados y cesados por el Fiscal Europeo), el procedimiento previsto garantiza su integración en los sistemas nacionales de incoación de procedimientos penales.

Entre los principios jurídicos fundamentales que han de regir las actividades de la FE se incluye (en la actual Propuesta) la conformidad con la Carta, la proporcionalidad, la legislación nacional aplicable a la ejecución del Reglamento, la neutralidad procesal, la legalidad, la diligencia de las investigaciones y el deber de los Estados miembros de asistir en las investigaciones y la incoación de procedimientos penales por parte de la FE. A efectos competenciales se enumeran los delitos que se incluyen en su ámbito material y que han de definirse haciendo referencia a la legislación nacional mediante la cual se aplica el Derecho de la Unión. (Una categoría de delitos competerían automáticamente a la Fiscalía Europea y los segundos exigirían determinación adicional de sus competencias cuando existan determinados vínculos con delitos pertenecientes a la primera categoría).

Quizá lo más prometedor de esta figura aún sin definir, no sea solo su futura asunción de funciones de defensa de intereses estrictamente financieros pese a su importante finalidad de lucha contra el fraude.¹¹⁹ Resulta revelador que en un capítulo de la Propuesta de Reglamento se establezcan las garantías para los sospechosos y otras personas implicadas en los procedimientos de la FE, exigiendo su respeto a la Carta y normas que hacen referencia a la legislación de la Unión relativa a determinados derechos fundamentales (Directivas sobre diversos derechos procesales en procesos penales), pero también definen de forma autónoma otros derechos que aún no regula la legislación de la UE. Tales normas proporcionarán una capa de protección adicional respecto a la legislación nacional, de forma que los sospechosos y otras personas puedan gozar directamente de protección a escala de la Unión.

A su vez, la labor instructora de esa FE podría trascender de su inicial competencia y ampliarse a delitos transfronterizos por decisión del Consejo y así reunir importantes competencias para impulsar el desarrollo de un auténtico Proceso Penal Europeo común. Para algunos podría ser el auténtico germen de un nuevo sistema

¹¹⁹Podría encargarse de la instrucción o investigación de infracciones penales que perjudiquen tales intereses financieros de la UE y de incoar la fase de juicio oral ante órganos judiciales del Estado cuya jurisdicción haya sido determinada competente para el enjuiciamiento, así como sostener ante los mismos la acusación –lo que seguramente habría de ser revisado por un órgano judicial que opere a modo de “Juez de garantías” (tal y como preveía el *Corpus Iuris*).

penal de tintes federales (basado en una suerte de código de delitos federales y un Tribunal de Justicia al modo federal: *un premier noyau de droit penal européen en tant que véritable droit pénal supranational*).¹²⁰

2.- CAMBIO DE ESTRATEGIA LEGISLATIVA: CONSTRUYENDO SIN PILARES

A. Por fin juntos: La necesaria convivencia del reconocimiento mutuo y la aproximación legislativa

Lisboa supone como se viene señalando un importante cambio en la estructura institucional de la UE con la finalidad de afianzar su cohesión política, y a tal fin “la consolidación del ELSJ”, un reto ya encuadrado en la misión de la UE (en virtud del art. 3.2 TUE) y con tendencia a disolver barreras nacionales para favorecer la persecución de la delincuencia transfronteriza, siendo preciso al efecto, el desarrollo y articulación de nuevos instrumentos penales y procesales. Ya con la debida cautela el art. 4 TFUE sitúa ese “Espacio” en un territorio competencial *compartido* con los Estados miembros, insistiendo en el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (art. 67.1TFUE), sin perjuicio de garantizar un “nivel elevado de seguridad” (art. 67.3 TFUE).

La clave de equilibrio en la nueva ruta legislativa acometida en Lisboa será la superación del conflicto entre seguridad y libertad en el cambiante escenario europeo de construcción de un ELSJ.

Se consolida así pues mediante esta reforma, la estrategia anterior, bien que trascendiendo aquella, traspasando competencias a la UE y poniendo a su disposición nuevos instrumentos legales, superando las deficiencias derivadas de la propia naturaleza jurídica de las DM y generalizando el recurso a la utilización de fuentes más completas y de mayor obligatoriedad, como son las Directivas. Se generaliza así el sistema antes propio del primer pilar de fuentes derivadas (con desaparición *pro futuro* de las normas y actos del tercer pilar: Posiciones comunes, Convenios, DM y Decisiones) continuando la (complicada) vigencia del Acervo de Schengen (como

¹²⁰ DE ANGELIS, Francesco, “L’espace judiciaire pénal européen: une vision se concrétise” en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, (Revue trimestrielle de droit européen), 2-2011. Editions Clément Juglar pp.187-193.

derecho derivado de la Unión atípico, objeto de progresiva actualización y desarrollo dentro del marco de la UE (y de progresiva interpretación por el TJ).

La instauración como regla general del procedimiento legislativo ordinario para la aprobación de dichas normas, sin duda refuerza la legitimidad material y democrática en materia penal ya que supone una mayor intervención del PE aunque también una cierta pérdida del monopolio de iniciativa legislativa de la Comisión, (que se comparte con un cuarto de Estados miembros en el ámbito de la cooperación judicial penal).

Se crea así pues, el marco legal e institucional adecuado para dar vía libre a una nueva estrategia legislativa que opta por la *complementariedad* o necesario maridaje entre reconocimiento mutuo y armonización, ahora llamada *aproximación* legislativa¹²¹. Se crean vías de apertura que permitan acomodar la iniciativa legislativa europea a los nuevos tiempos y necesidades de política criminal y en sentido contrario, también una salvaguarda de la soberanía nacional como los llamados *emergency brakes* (frenos de emergencia). Estos, junto a la excepcionalidad prevista en el régimen especial pactado para los Estados más reticentes, (RU, Irlanda y Dinamarca), han permitido un avance a doble velocidad en la materia que (siquiera por la vía de la cooperación reforzada), permite descartar el inmovilismo en la construcción penal europea aunque sin duda ralentiza y complica el panorama.

Y así, superando todas las críticas doctrinales que el instrumento de las DM venía planteando en el ámbito de la cooperación judicial penal, el artículo. 83 TFUE (antiguo art. 31 del TUE), prevé la adopción de *Directivas* que establezcan normas mínimas en materia de Derecho Penal *sustantivo*, relativas a la definición de infracciones penales y de las sanciones diferenciando la regulación (respectivamente en párrafos 1 y 2 del art. 83 TFUE) según se trate de “ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes” (en régimen de mayorías) (art. 83.1) o de otro lado : un ámbito (por exclusión, no subsumible en aquellos) “que haya sido objeto de medidas de armonización” siempre que “ la aproximación de las disposiciones legales y

¹²¹ El novedoso propósito de “aproximación” en lugar de la difundida “armonización”, parece suponer una opción intermedia de esta última. Se ha señalado que la diferencia entre aproximación o armonización *mínima* respecto de armonización en sentido estricto (o armonización total) estriba en que la primera permite conservar las diferencias normativas de las distintas legislaciones nacionales. Sobre esta materia, HOPFEL, *F. Función y límites de la armonización en el Derecho Penal de los Estados miembros*, publicación del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal Europeo internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, y CURTIN, D.M., “European legal integration: Paradise lost?” en D.M CURTIN, J.M SMITS, A. KLIP Y J.A.MC CAHERY, *European integration and law*, Interesentia, Oxford 2006.

reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión”.

En cuanto a los primeros, el Tratado los enumera expresamente: (terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada). Dichas materias formaban anteriormente el catálogo que fue objeto de mayor atención en el seno del tercer pilar y su asunción como competencia de interés europeo no venía planteando problemas, (máxime obedeciendo con frecuencia a recíprocos intereses de seguridad). No supone un elenco taxativo o cerrado de materias ya que el artículo 83.1 *in fine* TFUE prevé su ampliación a “otros ámbitos” de la delincuencia transfronteriza por acuerdo unánime del Consejo y previa aprobación del PE “teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia”.

A su vez, el artículo 83.2 TFUE (en los restantes ámbitos delictivos) faculta a la UE para establecer normas penales *mínimas* relativas a la definición de infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos siempre que sea imprescindible “para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización”. Parece instaurar una suerte de principio de “ultra subsidiariedad o necesidad extrema” (ha de ser no sólo necesario, sino *imprescindible* y además en un ámbito ya *previamente armonizado* (puede entenderse en buena lógica que sin resultados positivos).

En cuanto a la materia *procesal* penal, el artículo 82 TFUE supone un espaldarazo al principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial en materia penal, permitiendo en los aspectos prefijados (también con posibilidad expansiva por decisión del Consejo) dictar “normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”.¹²²

Las reticencias estatales respecto a la armonización (*aproximación*, según Lisboa) en estas materias relacionadas con los derechos fundamentales, se ha hecho notar en la expresa introducción de una cláusula de salvaguardia en ese artículo 82 *in*

¹²² El elenco previsto (asuntos en que tradicionalmente se ha venido reclamando esa necesaria armonización) sería: la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; los derechos de las personas durante el procedimiento penal; los derechos de las víctimas de los delitos y otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo (art 82.2).

fine, que reza: “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”. Y en el mismo sentido, en cuanto a la matización en todo caso *retórica* pues no podía ser de otra manera de que: “Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros”.

Parece tratar de prevenir contra una armonización con fines homogeneizadores, (obviamente lejos de la voluntad del legislador europeo), si bien no cabe duda que el paso firme hacia la comunitarización de esta materia explicitando ya la competencia legislativa armonizadora de la UE es definitivo. Nótese que en esta sede se establece la competencia *aproximadora* en la medida en que sea *necesario* (y no *imprescindible*, a diferencia del art 83.2). El PE y el Consejo quedan facultados (aptdo. 2º) para establecer *normas mínimas* sobre varios aspectos esenciales del proceso penal: La admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las víctimas y sobre todo, los derechos de las personas durante el proceso penal. Es censurable la terminología cuanto menos imprecisa que se ha impuesto en el TFUE y que bajo el concepto de “personas” en realidad hace referencia a los derechos de sospechosos y acusados, (o cualquier denominación que se refiera a los sujetos pasivos del proceso penal a lo largo de sus distintos estadios procesales).¹²³

Se confirma, de forma definitiva la idea que había ido apuntándose a lo largo del desarrollo del tercer pilar del necesario acompañamiento y complemento recíproco (ahora explícito), del reconocimiento mutuo y la armonización/aproximación legislativa para alcanzar un resultado realmente operativo¹²⁴.

Ha de predicarse una interpretación literal y *extensiva* de las potencialidades aproximadoras previstas en cuanto a la libre circulación de resoluciones judiciales, abogando por una exégesis del artículo 82.1 TFUE en que el requisito exigido (consistente en afectar a asuntos penales con dimensión transfronteriza) sólo afectase a la cooperación policial y judicial en general y no a la primera parte del mismo enunciado (reconocimiento de sentencias y resoluciones judiciales), que no exigiría que

¹²³ Es obvio que las víctimas, objeto de tratamiento sistemáticamente separado son también “personas”.

¹²⁴ Reveladoramente lo explicita el art. 82. 1 TFUE: “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83” (materias procesales y sustantivas).

tales resoluciones hayan sido dictadas con ocasión de un proceso de dimensión transfronteriza *stricto sensu* para ser objeto de reconocimiento mutuo.¹²⁵

En todo caso, la expresión *delincuencia transfronteriza* se viene utilizando habitualmente en consonancia con criminalidad *organizada*¹²⁶ si bien no han de confundirse ambos conceptos. Puede existir una delincuencia *organizada* a nivel intraestatal sin dimensión transfronteriza y una delincuencia transfronteriza no necesariamente “organizada”. El término delincuencia *transfronteriza* utilizado en artículos 82 y 83 TFUE habría de ser considerado en sentido amplio como relativo a una delincuencia de tintes transnacionales (incluso cuando sean delitos esporádicamente cometidos con la implicación de varios Estados) que puede incluir como una categoría específica de la misma, la delincuencia organizada (como así lo evidencia el elenco contenido en art. 83.1 TFUE¹²⁷).

Es obvio que ha de manejarse un concepto restrictivo y riguroso de delincuencia *organizada* (frecuentemente dentro del concepto de mayor intensidad de intervención legislativa previsto por la UE), como exigencia de seguridad jurídica. La cuestión no es baladí, no sólo a los efectos reseñados (de una mayor o menor competencia legislativa de las instituciones europeas) sino en tanto que tradicionalmente el tratamiento legislativo de tales conductas (también a nivel nacional y en eventuales normas de transposición), ampara criterios de excepcionalidad y puede vulnerar o limitar en determinadas circunstancias el régimen general de garantías procesales. Bajo el abuso de una cierta indefinición de dicha categoría penal no podría desarrollarse una suerte de *Derecho Penal del enemigo* que amparase la defensa de bienes jurídicos difusos ni una indebida expansión del Derecho Penal, ampliando eventualmente el concepto de autoría o transformando las relaciones entre autoría y participación ni menos aun introduciendo criterios de peligrosidad del autor en detrimento del principio de responsabilidad por el hecho priorizando fines abstractos de seguridad frente al respeto de los derechos fundamentales.

¹²⁵ Las resoluciones judiciales resultantes de un proceso estrictamente interno podrían “internacionalizarse” luego, al surgir esa necesidad de circulación y reconocimiento en el ELSJ pero no tendrían que haber sido dictadas en un proceso de tintes supranacionales necesariamente.

¹²⁶ Así, la Convención de Naciones Unidas lleva por título “contra la delincuencia organizada transnacional” y la DM 2008 /841 del Consejo se refiere en preámbulo a las “delincuencia organizada transfronteriza” (Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DO L 300 de 11 de noviembre de 2008, pp. 42/45).

¹²⁷ Dentro de la delincuencia transfronteriza incluye el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas,... y por último la delincuencia organizada, sin perjuicio de que mayoritariamente las anteriores categorías también pudieran catalogarse dentro de esta última.

Por ello se propugna un concepto estricto (y en la duda, restrictivo), que otorgue efectiva y proporcionada respuesta normativa (tanto por parte de las Directivas como por las normas nacionales de transposición) a ese “plus de lesividad que las actividades realizadas por estos grupos representan”¹²⁸

Este tipo de delincuencia está presente y dinamiza su eficacia en forma creciente precisamente en el actual espacio europeo *sin fronteras* formando parte esencial de la delincuencia transfronteriza y ha de tener un tratamiento específico, pero proporcionado a la inseparable tutela de garantías procesales, exigiendo adicionalmente del Juez nacional una hermenéutica de dicha regulación exquisitamente atenta al pleno respeto de éstas.¹²⁹

B. ¿Nuevas competencias, bien definidas?

Se ha reseñado la importancia del *principio de atribución*, proclamado en el artículo 5 TUE como principio rector de la delimitación de las competencias de la UE, el cual presupone que la misma solo puede actuar dentro de las competencias que le han atribuido los Estados miembros sin posibilidad de autoatribución.

Ha de ponerse en debida relación con la cláusula de *flexibilidad* (ex. art 352 TFUE y art. 296, párrafo primero del TFUE), que ampara la posibilidad de que los

¹²⁸ ROPERO CARRASCO, J., “¿Protección social versus garantismo?: Excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada” en CUERDA RIEZU, A. (dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un estado de derecho en un mundo globalizado*, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid 2008, pp. 267-324. Señala la autora como características propias de dicha delincuencia “organizada” su comisión por una asociación estructurada de más de dos personas que actúe durante cierto tiempo con concertación previa, con reparto de funciones, entre los miembros y la organización, ha de estar definida por gravedad de los hechos que son su objeto criminal (siguiendo un posible criterio cuantitativo penológico) o cualitativo frente a delincuencia común, siendo también esencial el ánimo de lucro o de poder (para potenciarlo o garantizarlo) que define ese mayor desvalor no por razones éticas sino porque ese objetivo vertebraba sus actividades y repercute en mayor lesividad. La intrínseca sistematización de ataques y grado de eficiencia de las bandas que masifica la lesión de bienes jurídicos protegidos y la desestabilización social más allá de los concretos bienes jurídicos lesionados, provocando inseguridad, riesgo del orden económico y corrupción de las instituciones y del sector privado justificaría un mayor desvalor. No podrá priorizarse sin embargo la protección de la sociedad a costa de las libertades individuales. (Y en tal sentido relevantes las reflexiones recogidas de JAKOBS y MOCCIA y su advertencia de que la prevalencia de la protección social deriva en un insostenible recorte de libertades).

¹²⁹ Vid. ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTÍN A., (dirs) *op. cit.*, nota 15. Efectúan los autores un juicio doctrinal generalmente positivo hacia esa “consolidación de la conciencia internacional de la antijuridicidad respecto de los crímenes más graves” y sobre el proceso de armonización internacional de las conductas punibles, destacando que la propia globalización económica ha supuesto factores de armonización junto a la armonización de reglas e instituciones penales que componen el principio de la justicia universal y de la Corte Penal Internacional, bien que mostrando un fuerte recelo frente los distintos sistemas del entorno europeo, criticando la absorción en el derecho continental de características propias del derecho anglosajón (a cuya dogmática achaca un nivel de elaboración intelectual propio del s. XVIII y elementos de Derecho Penal material “prebecarianos”) y censurando la “americanización” del derecho económico europeo, en cuanto al tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

objetivos de la UE puedan actuar en determinados casos como cláusulas habilitantes. En tal sentido se ha destacado la configuración del ELSJ como ámbito de competencia compartida (regulado en TFUE, arts. 67 a 89, Título V de la Parte Tercera), pero también uno de los objetivos de la Unión, señalando el artículo 3.2 TUE que “La Unión *ofrecerá* a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”.¹³⁰

A su vez el artículo 67.1 TFUE, reza “la Unión *constituye* un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto a los derechos fundamentales y los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros” y a continuación (en los apdos. 2, 3,4 del mismo precepto) se enuncian *objetivos* genéricos del conjunto de tales políticas en que se incluye la cooperación judicial en materia penal.

Se ha dicho que el artículo 82.1 TFUE confunde objetivos específicos con competencias. En todo caso, atribuye al PE y al Consejo la facultad de dictar medidas con objeto de establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la UE de sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas, Prevenir y resolver conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros, Apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia y facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.¹³¹

Y explícitamente se incluye (art 82.1 TFUE) en la cooperación judicial en materia penal la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

¹³⁰ Vid. anteriores consideraciones sobre jurisprudencia expansiva en materia competencial (construcción de “competencias anexas”). Ha de ponerse también el tema en relación con el principio de *neutralidad* competencial de la Carta y los problemas hermenéuticos sobre sus cláusulas horizontales que se tratarán con ocasión de su análisis.

¹³¹ El artículo 82 (antiguo artículo 31 TUE), después de consagrar en su párrafo 1 el tándem reconocimiento mutuo/aproximación, lo aplica en relación al art. 83 pero también a los ámbitos mencionados expresamente en el apartado 2 (“a. La admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b. Los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c. Los derechos de las víctimas de los delitos; d. Otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”). Y añade ese 82.1 en su segundo párrafo: “El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; a) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; b) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; c) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones. 2. 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”, (se referirán a las materias reseñadas *ut supra*).

Esa generosa y aparentemente amplia competencia, en la materia penal que nos ocupa, es explicitada luego en una serie de competencias facultativas en orden a facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, en cuyo ámbito ha de analizarse las posibilidades que resultan en materia de aproximación de derechos fundamentales procesales o garantías. La redacción en su conjunto no deja de ser farragosa y confusa y *a priori* permitía interpretar bien que el elenco competencial del artículo 82.2 (a saber: a. La admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b. Los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c. Los derechos de las víctimas) exigía para su ejercicio el procedimiento tasado in fine en extremo “d”. (para “ otros elementos específicos del procedimiento penal *mediante previa decisión del Consejo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo*”) o que por el contrario conllevaba una atribución competencial derivada de una interpretación laxa de los anteriores preceptos más generales o del propio desarrollo directo de los derechos de la CDFUE en materia de garantías procesales.

La cuestión no ha sido pacífica desde una perspectiva doctrinal ya que ese complejo entramado de normas sobre la misma materia avalaba la posibilidad de subsumir en cada momento oportuno (y según la voluntad política de los Estados o en su caso la política judicial que siga el TJ), una u otra tesis. En tal sentido ha de destacarse que hasta ahora, simplificando mucho la cuestión, el legislador europeo tras Lisboa y siguiendo puntualmente (bien que con evidentes retrasos derivados de la difícil coyuntura internacional), la “Hoja de ruta” en materia de las proyectadas Directivas en estos ámbitos, ha recogido unánimemente en su exposición de motivos el concreto precepto de la Carta a que hacen referencia los derechos fundamentales regulados en cada caso junto al artículo 82.2 en su correspondiente epígrafe (a, b, c) evidenciando así que respecto de esas garantías procesales, (“derechos de las personas”, que son objeto de este análisis) ninguna interpretación extensiva era precisa para legitimar la acción “aproximadora” de la UE, resultando consagrada respecto de las mismas de forma indudable y expresa dicha competencia.¹³²En relación al principio *funcionalista*, se ha señalado doctrinalmente su aparente *liquidación* por el Tratado de Lisboa.¹³³

¹³² Señala LINDE PANIAGUA, acertadamente, que las políticas y competencias del ELSJ se recogen bajo una agrupación *artificial* con heterogeneidad de los tipos competenciales, concurriendo bajo dicho epígrafe competencias obligatorias, facultativas y cooperativas. (LINDE PANIAGUA E., “El sistema de competencias de la unión europea de acuerdo con el tratado de Lisboa” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº21, 2011, UNED, Colex. pp. 282 y ss.).

¹³³ “...el funcionalismo presenta problemas de origen ya que el sistema competencial de la Unión no es producto de la autodeterminación de sus instituciones: a la Unión no se ha transferido por los Estados miembros la potestad innovativa que sustentaría la concepción funcionalista (...) El funcionalismo explicaría

C. Cambio de ritmo: Las dos velocidades del proceso penal:

C.1. Frenos de emergencia

Obviamente el camino no fue sencillo y el consenso hacia Lisboa tuvo un precio plasmado en concesiones de tipo general y especial a favor de la soberanía estatal. Las de tipo *general*, al alcance de todos los Estados miembros, permitiendo la opción futura de “aparse del tren de la Unión” en ámbitos que pudieran resultar especialmente sensibles desde el punto de vista estatal y con una serie de requisitos formalmente establecidos que dejaban sin embargo expedita la vía de la cooperación reforzada a los restantes Estados miembros dispuestos a profundizar en una mayor supranacionalidad en la regulación de tales ámbitos. Y otras, de tipo *especial*, individualizadamente pactadas con cada Estado miembro demandante de ese trato “de favor” o excepcional, consagrado en el oportuno Protocolo anexo.

En cuanto a las generales, se establecen en el articulado del nuevo Tratado los llamados “frenos de emergencia” (*emergency brakes*). Al efecto, las reglas previstas en los artículos 82.3 y 83.3 TFUE prevén en relación con las posibilidades de aproximación en materia penal procesal y sustantiva (y con una misma regulación), la posibilidad de que un solo Estado miembro suspenda el procedimiento legislativo ordinario cuando considere que ese proyecto de Directiva afecta a “aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal”. Con idéntico texto tales preceptos (solo variando las referencias a uno o dos párrafos anteriores en cada caso) regulan dichas modalidades de “veto” al alcance de cualquier Estado miembro.¹³⁴

las distintas fases de la construcción europea “por desbordamiento”. De manera que el desbordamiento de cada paso constructivo del derecho vigente daría lugar otro nuevo paso constructivo (reforma de los Tratados) y así sucesivamente en la medida en que el ordenamiento jurídico se considerara insuficiente”. (*Ibid.*, p. 56).

¹³⁴ Los arts. 82 y 83 TFUE señalan que: Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 (en el art. 82) o los apartados 1 ó 2 (en el art. 83), “afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1

El requisito para suspender el procedimiento legislativo a los efectos de “reestatutizar” la negociación o llevarla al ámbito intergubernamental del Consejo Europeo, es absoluta y peligrosamente impreciso. ¿Quién podrá rebatir racionalmente los argumentos del Estado *ralentizador* que aduzca que son afectados “aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal” por la Directiva en tramitación? Ningún control o posibilidad de contradicción se establece al efecto. Y lo que es más importante, ninguna exigencia de mínimo rigor exige el recurso a dicha opción, que queda por tanto sujeto a la más amplia discrecionalidad estatal, máxime si se tiene en cuenta la especial sensibilidad de algunos Estados en relación a su nivel constitucional de tutela de derechos fundamentales, (que les permitiría con cierta facilidad esgrimir argumentos de lesión o vulneración de los mismos con ocasión de las diversas iniciativas legislativas europeas en tanto no cubran ese umbral mínimo *o en su caso máximo* de tutela). Podría aducirse con cierta facilidad, que resulta afecta el núcleo esencial de los mismos o que las limitaciones exceden del principio de proporcionalidad nacionalmente admitido en cada caso.

Activado ese mecanismo de freno, se prevén dos salidas a la crisis legislativa: si se alcanza acuerdo en el Consejo, se devolverá para la continuación de la tramitación ordinaria y si no, podrá activarse la *cooperación reforzada* con el acuerdo al respecto entre un mínimo de nueve Estados miembros (cooperación reforzada prevista en artículos 20 TUE y 329 TFUE). Merece una crítica positiva la previsión expresa de que ese veto no pueda producir una suspensión del procedimiento legislativo temporalmente indefinida, (fijándose al efecto el plazo máximo de cuatro meses para seguir uno de los distintos caminos señalados). Para la cooperación reforzada, basta la simple notificación a la Comisión, PE y Consejo siempre que se reúna el número mínimo de Estados reseñados.

En el fallido texto constitucional también se regulaba este mecanismo pero incorporando otra opción más positiva: la posibilidad por parte del Consejo Europeo de solicitar un nuevo proyecto legislativo, (Comisión o Estados podrían presentar un nuevo borrador), opción lamentablemente desaparecida en la regulación de Lisboa.

del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada”.

C.2. Y Estados “frenados”

En cuanto a las concesiones específicas otorgadas en Lisboa a favor de determinados Estados miembros, solo tres fueron beneficiarios de las mismas: RU; Irlanda y Dinamarca, los tres Estados que ya en el régimen anterior gozaban de un régimen privilegiado, complicando aún más el panorama desde el punto de vista de la vigencia o no, para unos u otros, de determinados instrumentos anteriores¹³⁵.

El resultado de las negociaciones fue aún más allá de las anteriores concesiones. Al hilo del Tratado de Ámsterdam ya había tenido su entrada un sistema de *opt in /out* que se mantiene, aunque modificado. El panorama resultante es confuso y desequilibrado y sin duda merecedor de un juicio crítico desfavorable.¹³⁶

Para satisfacer las exigencias de esos socios europeos (al parecer, más bien animados por un principio de *desconfianza mutua*), los nuevos Protocolos (21 para RU e Irlanda y 22 para Dinamarca) mantienen la exclusión respecto del actual Título V de la Tercera parte del TFUE, (ELSJ) con una posibilidad de *opt in* para RU e Irlanda y consagrando un pleno *opt out* para Dinamarca.

La novedad en cuanto al ámbito material objeto de los actuales Protocolos consiste en que ahora el *opt out* se extiende a todo el ELSJ y por lo tanto también a la cooperación judicial penal y policial (a resultas de la *comunitarización* de las materias contenidas en segundo y tercer pilar). Resulta curioso ya que dichos Estados antes de Lisboa venían participando en las Posiciones comunes, DM y Decisiones e incluso en los Convenios internacionales entre Estados miembros en dicho ámbito del tercer pilar.

¹³⁵ Su negociación se consideró necesaria en orden a evitar un referéndum en RU y acelerar así la necesaria ratificación del Tratado de Lisboa que se retrasaba.

¹³⁶ Ya antes de Lisboa se había regulado para dichos Estados mediante Protocolo, una posibilidad de *opt-out* (cláusula de exención respecto al del Título IV del Tratado constitutivo). Atañía a todas las medidas de asilo, visados, inmigración y cooperación jurídica en materia civil (únicas materias en cooperación en justicia e interior que habían sido a su vez transferidas al primer pilar en el Tratado de Ámsterdam). Las restantes materias de cooperación policial y judicial penal (ubicadas en el tercer pilar) no estaban cubiertas por el citado *opt-out*, por lo que respecto de las mismas, el *status* de tales Estados y el resto era idéntico, con la importante diferencia de que podrían optar por no ratificar los convenios internacionales del art. 34.d) del TUE. Además el Protocolo para RU e Irlanda contemplaba la probabilidad de que ambos se adhiriesen a medidas concretas del Título IV del TCE (*opt-in* o *pick and choose*), no así el de Dinamarca. A su vez, el protocolo de Irlanda y de Dinamarca permitían desligarse del mismo y participar de forma definitiva en medidas adoptadas según título IV del TCE (no así el de RU). (Los actuales protocolos también mantienen dicha posibilidad de renuncia a su *status* privilegiado derivado de sus respectivos protocolos, solo para Irlanda y Dinamarca).

Con el nuevo régimen podrían seguir haciéndolo RU e Irlanda (haciendo uso del *opt in*) pero resultando más compleja la situación de Dinamarca.¹³⁷

Por primera vez los Tratados reconocen a un Estado miembro la capacidad no solo de quedarse al margen de la adopción de futuras medidas de un área determinada sino incluso de incumplir sus obligaciones en relación con medidas ya establecidas, todo ello junto a la posibilidad a su vez de incorporarse nuevamente y en un momento posterior a unas y otras (sistema denominado “pick and choose”). La flexibilidad (nada deseable) de dicho sistema fue exigencia irrenunciable para obtener el avance institucional que Lisboa exigía y para el que precisaba el consenso de dichos Estados notoriamente *euroescépticos*.

En realidad, la nueva regulación supone una inicial no participación a reserva a una eventual incorporación *ex post* en el conjunto o en una medida concreta del ELSJ (*stricto sensu* sería un único sistema de *opt in* a partir de una previa exclusión pactada en Lisboa). El efecto colateral de poder quedar al margen de medidas previas ya vinculantes, a resultas de su posterior modificación (junto a las disposiciones transitorias y la complicada regulación sobre la integración del Acervo Schengen) acaban por dotar al sistema jurídico resultante de una casi completa opacidad para un operador jurídico no avezado.

Sólo pueden justificarse estas reservas a la luz del momento histórico en que fueron negociadas, enfrentada la UE a la difícil tesitura de asumir el riesgo de una completa parálisis institucional tras haber fracasado el más ambicioso proyecto constitucional de su historia y con perentorias necesidades desde el punto de vista de la consagración de un ELSJ equilibrado (en cuanto al binomio libertad-seguridad). No podía permitirse ni adecuar el paso al ritmo “inmovilista” de los tres Estados antecitados ni tampoco prescindir de ellos de forma definitiva *a futuro*.

Incluso con esas dos velocidades, el justo equilibrio del nuevo y más eficaz marco jurídico diseñado en Lisboa, con el firme compromiso de la UE de consagrar una vinculación efectiva y judicialmente revisable en su actuación relativa a los derechos fundamentales y garantías procesales, viene a relanzar y legitimar en profundidad la

¹³⁷ De no suscribir acuerdos internacionales con la UE para asumir las modificaciones de actos adoptados antes de Lisboa, ellos no le afectarían pese a seguir vinculada por los anteriores, situación absurda y disfuncional que perjudicaría en primer lugar al concreto Estado que precisamente habría querido hacer valer dicha excepción como una suerte de privilegio. Como solución radical al laberinto legislativo en que podría verse envuelta, el art. 8 de su Protocolo permite a Dinamarca optar por modificar el Protocolo pasando a tener un sistema con opción de *opting-ins* (similar al de los otros dos Estados) lo que le permitiría no necesitar acuerdos internacionales cuando quisiera participar de una medida del ELSJ. (Igualmente se preveía la posibilidad de renunciar en todo o en parte (art. 7), a la regulación contenida en el Protocolo.

totalidad del proyecto de integración europea avanzando hacia una auténtica Unión Política.

Obviamente dicha meta aún está lejos: no existe concepción sistemática ni sistema europeo de Derecho Penal en la actualidad. Se ha comparado a una “alfombra de retazos” más que a un *sistema* de Derecho Penal (parcheada y conformada por un derecho sancionador supranacional, un Derecho Penal nacional armonizado, un derecho de cooperación jurídica europea, regulaciones sobre nuevas instituciones europeas en el área de Derecho Penal y un sistema complejo de protección de derechos humanos en distintos ordenamientos). De ninguna manera el compromiso de Lisboa se basa en una concepción *acabada* de un Derecho Penal Europeo.¹³⁸

Y así, ha de concluirse que desde el punto de vista de la legitimidad democrática del futuro Derecho Penal Europeo, el Tratado de Lisboa representa un avance efectivo frente al modelo anterior desde la perspectiva de las garantías de seguridad y libertad. Incorpora modelos de solución influidos por el aspecto cooperativo basado en la creación jurídica nacional en lo relativo al Derecho Penal material y procesal, pero incluyendo importantes componentes supranacionales (instrucciones legislativas en determinadas materias sustantivas y procesales que han de ser desarrolladas en forma armonizada o próxima) y una efectiva competencia de creación jurídica para disposiciones referidas a efectiva cooperación y organización de la administración de justicia. Supone la evolución hacia un modelo o *sistema mixto híbrido*,¹³⁹ un paso decidido hacia un horizonte plenamente supranacional que podría desembocar en una Europa incluso federal.¹⁴⁰

¹³⁸ En su interesantísimo análisis, SIEBER, justificaba la necesidad de un Derecho Penal Europeo al margen del clásico Derecho Penal nacional, señalando frente a éste los objetivos específicos y características propias de aquel. Siendo sus Objetivos los Intereses de seguridad y libertad distingue los distintos modelos posibles: cooperativos, supranacional y formas mixtas. Para solucionar los problemas de los modelos de cooperación propone la armonización jurídica general y una suerte de excepciones al principio de reconocimiento mutuo, así como una *armonización jurídica particular y exclusiva de casos transfronterizos de cooperación transnacional*. Se trataría de regular de forma más precisa los requisitos materiales y procesales para dicha cooperación (*pautas vinculantes*) con fijación más exacta y regulaciones unificadas (Disposiciones delictivas unitarias y reglas procesales solo para la cooperación transnacional: una sola regulación válida para todos los procedimientos transnacionales en toda Europa y cuya interpretación unitaria podría ser garantizada por un tribunal supranacional). Ello permitiría un nivel elevado protección al dejar intangible la regulación de los procesos nacionales. (vgr., el supuesto hipotético de que la DM de la ODE hubiera asumido una tipificación precisa de los 32 delitos pertinentes en que se renuncia a la doble incriminación). En el mismo sentido, estableciendo a efectos probatorios un sistema válido para toda Europa de estándares mínimos para las investigaciones transnacionales mediante la creación de una regulación europea específica de producción y valoración de prueba. Esas reglas mínimas creadas sobre la base de derecho comparado y en marco de un consenso político también servirían para futura delimitación de la FE. (son propuestas todas ellas que contienen elementos de los modelos *mixtos*). (SIEBER, U., *op.cit.*, nota 15, pp. 153-223).

¹³⁹ *ibíd.*

¹⁴⁰ Sobre este tema: ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009;

D.Hoja de ruta: Itinerario y destino, (volviendo a la senda de las garantías procesales)

En este nuevo escenario, a partir del fracaso y definitivo estancamiento de la Propuesta de DM de la Comisión sobre garantías procesales, pero sembrado firmemente el *germen* de la necesidad de acometer una armonización siquiera mínima en la materia, y conscientes las instituciones europeas (y los propios Estados miembros) de que sin ella quedaría definitivamente comprometida la propia eficacia de los instrumentos basados en el reconocimiento mutuo (ayunos de la necesaria “confianza” desde una perspectiva material), acometió la presidencia sueca en 2009 un proyecto menos vasto pero más efectivo siguiendo una “Hoja de ruta” con etapas graduales. Se abandonaba el proyecto de una regulación general de garantías para afrontar de forma progresiva y sectorial la regulación uno a uno, (paso a paso) de los derechos fundamentales procesales debatidos en la citada Propuesta (y elegidos *ab initio* como idóneos para ser regulados de forma preferente, aun sin ser los más esenciales). En todo caso, se intentaba no comprometer la coherencia del conjunto, por lo que se aprobó un Programa adaptado por el Consejo Europeo, acogido en Estocolmo con un Plan de Acción orientativo, no exhaustivo y sin orden vinculante.

Y así dentro del Programa de Estocolmo a desarrollar en el periodo entre 2010-14¹⁴¹, el Consejo aprobó el Plan de trabajo (Hoja de ruta) contenido en Resolución de 30 de noviembre de 2009, cuyo objetivo era precisamente “reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales”. Desde un punto de vista gradual se proponía la adopción progresiva de medidas relativas al: derecho a la interpretación y a la traducción (medida A), al derecho a la información sobre los derechos e información sobre los cargos (medida B), el derecho al asesoramiento jurídico y justicia gratuita (medida C), el derecho de una persona detenida a comunicarse con sus familiares, con su empleador y con las autoridades consulares (medida D), y a

BACIGALUPO, E., *Hacia el nuevo Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006; BUJOSA VADELL, L (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la unión Europea*, Editorial Comares, Granada 2008; FERNÁNDEZ SOLA, N., “La subjetividad internacional de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº11, enero-abril 2002, pp.85-112; FIJNAUT, C and OUWERKERK, J, (eds.), *The future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Martinus Hijhoff publishers, Países Bajos, 2010; GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords), *Integración europea a través de derechos fundamentales: De un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; RODRÍGUEZ SOL, L., *Código de Justicia Penal de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

¹⁴¹ Programa de Estocolmo -Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano- (DO C 115 de 4.5.2010, pp. 1/38).

las salvaguardias especiales para las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables (medida E).

Los derechos concernidos coincidían sustancialmente con los contenidos en la fallida propuesta de la Comisión. El orden señalado era indicativo, susceptible de modificarse en función de las prioridades. El Plan de trabajo se concibió “para funcionar como un todo indisociable”, de modo que sólo cuando todos sus componentes se hayan puesto en práctica se percibirán plenamente sus beneficios. Ha de entenderse que si bien se acogía una dinámica de aprobación progresiva y separada de medidas, no por ello debían adoptarse de forma independiente o inconexa sino obedeciendo a un proyecto *global* animado por idénticos principios y finalidades. El propio Consejo Europeo subrayó el carácter *no exhaustivo* del Plan de trabajo e invitó a la Comisión a examinar nuevos elementos de los derechos procesales mínimos de las personas sospechosas y acusadas, y a evaluar la necesidad de abordar otras cuestiones, por ejemplo la presunción de inocencia, para fomentar una mejor cooperación en ese ámbito.

Es decir, se buscaba el diseño completo de un nuevo escenario que reforzase tales derechos fundamentales procesales en el seno del ordenamiento de la UE, objetivo que a fecha de hoy se ha cumplido desde un punto de vista formal legislativo en tanto que se han aprobado (a fecha 2015) casi la totalidad de instrumentos (Directivas) proyectados en dicho Plan de trabajo.

Una vez que (en fecha 11 de diciembre de 2009), el Consejo Europeo acogió favorablemente el Plan de trabajo y lo incorporó al Programa de Estocolmo bajo el lema *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* comenzaron los trabajos legislativos sobre las referidas medidas.

La primera medida que se aprobó en su virtud, (la medida A), fue la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales¹⁴² que no sólo regula en forma separada y específica ambas funciones sino que incide en la necesaria calidad de su desempeño.

Acto seguido, 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 penales

¹⁴² Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26 de octubre de 2010, pp. 1/7).

(que guarda relación con la medida B)¹⁴³. Establece normas mínimas comunes de aplicación en lo que se refiere a la información sobre los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido una infracción penal, con vistas a mejorar la confianza recíproca entre los Estados miembros y contiene una regulación muy interesante del derecho de acceso a los materiales del expediente.

A continuación fue aprobada la 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 libertad¹⁴⁴, (relacionada con medidas C y D).

Estas tres Directivas tenían su fundamento jurídico en la disposición del artículo. 82.2 b) TFUE (que posibilitaba el dictado de normas mínimas en cuanto a “los derechos de las personas durante el procedimiento penal”).

Igualmente con base jurídica en ese precepto (pero esta vez en la letra c) del art. 82.2 TFUE) y completando (obviamente *no agotando* las materias de armonización previstas en el citado precepto), no puede dejar de destacarse la aprobación tras Lisboa de dos instrumentos más de relevancia en materia procesal penal, esta vez desde la óptica de las víctimas (ex art. 82.2 c) TFUE).

De un lado, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección¹⁴⁵ (esencial en la protección de víctimas de violencia doméstica o de género). Configura una “orden de protección europea” como resolución adoptada por autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro (de emisión) en relación con una medida de protección en virtud de la cual, una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio derecho

¹⁴³ 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, pp. 1/10).

¹⁴⁴ 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 libertad. (DO L 294 de 6 de noviembre de 2013, pp. 1/12).

¹⁴⁵ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección (DO L 338 de 21 de diciembre de 2011, pp. 2/18).

nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida si esta decide residir o permanecer en el mismo.¹⁴⁶

Y también 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, (y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo)¹⁴⁷.

Por último y en materia probatoria (con fundamento en el art. 82.1 TFUE) la recién aprobada Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal¹⁴⁸ que previsiblemente dará mayor eficacia y uniformidad a la necesaria *libre circulación de pruebas*.

Continuando con dicha Hoja de ruta, en fecha 27 de noviembre de 2013, la Comisión ha aprobado un paquete en que incluía cinco propuestas (relativas a tres Directivas y dos Recomendaciones). Contemplaba así una Propuesta de Directiva para reforzar la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio en un proceso penal, una propuesta de Directiva sobre salvaguardias especiales para los niños sospechosos o acusados de un delito y una propuesta de Directiva sobre el derecho a la 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: Estas propuestas legislativas se complementaban con dos Recomendaciones de la Comisión a los Estados miembros: una Recomendación sobre las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en un proceso penal y una Recomendación sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Examinado dicho panorama legislativo, no puede sino calificarse de éxito la actuación institucional europea en esta materia, cumplimentando casi totalmente y en plazo el referido y ambicioso proyecto armonizador en materia de garantías procesales penales, sin olvidar el importante complemento que ha supuesto la aprobación de dos

¹⁴⁶ No establece la obligación de modificar los sistemas nacionales de adopción de medidas de protección ni establecer o modificar un ordenamiento jurídico penal para ejecutar una orden europea de protección. Tampoco exige modificar la legislación para permitir adoptar medidas en procesos penales. Esta Directiva contiene una lista de prohibiciones y restricciones que han de reconocerse y ejecutarse en los Estados de ejecución sin constreñir a estos a aplicar en todos los casos la misma medida de protección que la adoptada en Estado de emisión sino que mantiene para aquellos un cierto margen de apreciación y flexibilidad en la elección y adopción de la medida que sea oportuna y adecuada con arreglo a su derecho nacional para un asunto similar y la finalidad perseguida.

¹⁴⁷ Vid. nota 58.

¹⁴⁸ Directiva 2014/41/CE 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, pp. 1/36).

Directivas en materia de derechos de las víctimas, contrapeso imprescindible de la tutela de derechos fundamentales de sospechosos y acusados en el proceso penal para la equilibrada preservación de un proceso justo y equitativo.¹⁴⁹

3.- LA GRAN ENTRADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LISBOA

No puede negarse que el Tratado de Lisboa supone el gran *debut* en el ámbito de la UE de los derechos fundamentales que por fin de forma explícita y vinculante son emplazados en el centro de la construcción europea y no asumiendo un mero carácter ornamental o testimonial, sino desde una perspectiva vinculante y dotada de plena eficacia.

La entrada en vigor de la CDFUE y la proyectada adhesión de la UE al CEDH, las nuevas competencias legislativas y judiciales de las instituciones de la UE en la materia junto a la posibilidad ya concretada, de una inminente construcción de un proceso penal auténticamente europeo, confiere renovado protagonismo y una auténtica dimensión europea a las garantías procesales, hasta entonces asignatura pendiente de la UE y bastión de los ordenamientos nacionales.

En un sentido altamente garantista se zanjó en Lisboa la previa polémica sobre si debía optarse por la adhesión al CEDH o el fortalecimiento de la Carta dotándola de valor jurídico efectivo o si podían ambas opciones ser complementarias y no alternativas imponiéndose esta última tesis.

El complejo panorama resultante del triple marco de tutela a nivel europeo de los derechos y la colisión frecuente de interpretaciones sobre el contenido de los derechos fundamentales en los distintos niveles, han esbozado ante el Juez nacional (que ha de velar directamente por las garantías procesales en curso de una concreta instrucción penal), una perspectiva no sólo extremadamente compleja y en ocasiones confusa sino

¹⁴⁹ Este éxito desde el punto de vista formal es indudable en tanto que solo quedarían pendientes parcialmente de desarrollo las medidas c) y e) mencionadas, sobre las que ya existen sendas Recomendaciones de la Comisión y una Propuesta de Directiva. Igualmente es loable la existencia ya de otra Propuesta de Directiva en materia de presunción de inocencia y derecho a estar presente en el juicio, completando el inicial programa. Dada la ingente tarea legislativa acometida y su complejidad, la actuación institucional europea merece ese juicio realmente positivo, sin perjuicio de la valoración material que haya de efectuarse sobre cada uno de tales instrumentos y que se acometerá en la Parte III de este estudio.

también igualmente rica y de gran potencialidad hermenéutica y creativa. La concurrencia multinivel de catálogos nacionales, internacionales y supranacionales de derechos, la construcción jurisprudencial dinámica interpretativa de los mismos, las distintas instancias jurisdiccionales competentes para pronunciarse en unos y otros casos y las complejas y cambiantes interrelaciones entre las mismas, permiten sin duda a la concreta autoridad judicial directamente involucrada en cada caso, acudir a una pluralidad de fuentes que, pese a su difícil manejo, necesariamente han de enriquecer el panorama desde una óptica hermenéutica en pro de la consecución del supremo interés de Justicia material en el caso concreto y ante los requerimientos igualmente cambiantes y complejos de la realidad social actual.

A. La Carta: Un nuevo catálogo de garantías al servicio del Juez. ¿Revolución competencial en la regulación de los derechos fundamentales? (La confusa redacción de las cláusulas horizontales)¹⁵⁰

La creciente atención de la UE en la observancia efectiva de los derechos fundamentales (que había dado lugar a aquella jurisprudencia *pretoriana* del TJ

¹⁵⁰ De la abundantísima bibliografía sobre la Carta, destacan: ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2006; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica española", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº15, 2008, pp.233-255; BAQUERO CRUZ, J.: "What's left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2008, pp.233-255; CONTANTINESCO, V.: "La Carta europea de derechos fundamentales. Una visión desde Francia", *Anuario de Derechos humanos*, Instituto de Derechos humanos, Universidad Complutense, Madrid, 2001, pp.179-196; CRUZ VILLALÓN, P.: "La Carta o el convidado de piedra. Aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Europa" en CLOSA MONTERO, C. Y FERNÁNDEZ SOLA, N. (coords), *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp.185-197; DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2008; FERNÁNDEZ TOMAS, A., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., "Sobre la eficacia de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea" en HERRERO DE LA FUENTE, A. (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar* Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, Fundación Rei Alfonso Henriques, Zamora 2003, pp.33-48; JIMENA QUESADA, L., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos". *El Tratado de Lisboa (II) Cuadernos Europeos de Deusto*, nº40/2009, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, pp.63-83; LINDE PANIAGUA, E., "El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº15-2º semestre, 2008, pp.27-44; PI LLORENS, M., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 2001; POPESCU, C., "Le catalogue des droits de l'homme dans la Convention européenne- Une structure figée?", en RIDEAU, J., (y otros), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp.45-57; RUIZ MIGUEL, C., *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004; SUEUR, J.J., "L'Evolution du catalogue des droits fondamentaux " en RIDEAU, J., (y otros), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp.15-43.

precisamente para paliar la débil positivación de los mismos en los Tratados), dio lugar a una necesidad compiladora que surgió de una búsqueda de previsibilidad, visibilidad y seguridad jurídica en esta materia de derechos fundamentales, que no sólo simplificase la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia sino que clarificase igualmente el ordenamiento aplicable y jurídicamente vinculante en la materia para todos los operadores jurídicos, también en el ámbito nacional.¹⁵¹

Dicha iniciativa cristalizó en la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (La Carta o CDFUE), proclamada en Niza como Declaración común del Parlamento Europeo, Consejo y la Comisión en diciembre del año 2000.¹⁵²

Paralelamente, continuó la trayectoria, ya iniciada, de incluir en las sucesivas reformas de los Tratados nuevas precisiones expresas en materia de derechos humanos.

La Carta había nacido careciendo de fuerza jurídica vinculante más allá de su valor simbólico y político innegable, siendo su finalidad la consagración en un texto de derechos fundamentales a nivel *comunitario* para que los mismos se hicieran “más evidentes”, es decir, suponía una suerte de compilación o refundición de derechos ya existentes. No se trataba de acometer una labor creadora añadiendo nuevos derechos al bagaje jurídico europeo, sino de hacer más perceptibles los ya existentes en el ámbito UE a la luz de la labor jurisprudencial del TJ (y también en coherencia con la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros). La Convención encargada de su redacción, hizo un trabajo de revelación de derechos existentes y no un trabajo de creación de nuevos derechos que no tuvieran una base jurídica vinculante.¹⁵³

El Tratado de Lisboa no plasmó la inicial opción (netamente constitucional) de incluirla en los Tratados.¹⁵⁴ Sin embargo tampoco se incluyó en un Protocolo anexo,

¹⁵¹ Por su parte, el nuevo artículo 2 del TUE desarrolla más ampliamente que los textos anteriores la referencia a la importancia de la tutela de derechos en el ámbito de acción de la UE, señalando que “La Unión se 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 y la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”.

¹⁵² El Consejo por unanimidad en el Consejo Europeo de Biarritz de 13 y 14 de octubre de 2000, el Parlamento Europeo el 14 de noviembre y la Comisión también por unanimidad el 6 de diciembre. Fue firmada respectivamente por sus tres presidentes: Nicole Fontaine, Jacques Chirac y Romano Prodi, habiendo previamente y por separado, aprobado el texto cada una de las respectivas instituciones. (publicada en DO, C 364 de 18 de diciembre de 2000).

¹⁵³ MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid 2005, p. 184.

¹⁵⁴ El Tratado Constitucional reconocía en su art. 1-9.1 los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta e incluía la integridad de su texto (cuyo articulado resultó casi idéntico al original) como una suerte

recurriéndose a la fórmula, en cierto modo intermedia, de utilizar una cláusula de reenvío. Se perdía con ello la tan necesaria visibilidad y publicidad de dicho catálogo de derechos, tan interesante desde la perspectiva de los ciudadanos (a los efectos de reforzar la base democrática europea), como desde el punto de vista operativo, pero se consiguió la consagración de los citados derechos fundamentales bien que de forma más compleja e indirecta. Algunos autores se han referido a la Carta como una suerte de “tercer tratado”.

La nueva versión de la Carta fue proclamada en Estrasburgo el 12-12-2007, la víspera de la firma del Tratado de Lisboa.¹⁵⁵ Para conferirle plena eficacia jurídica y equipararla a los Tratados, se verificó una nueva redacción del art. 6.1 TUE que, de forma tajante y sin admitir interpretación restrictiva en contrario, consagra el valor jurídico de la Carta como derecho originario de la Unión desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y con independencia de que el texto de aquella no se “integre” físicamente en su articulado. Lisboa incorpora por tanto la Carta no a los Tratados sino al derecho originario europeo con rango de Tratado.¹⁵⁶

La Carta (que consta de un preámbulo y 54 artículos) está dividida en siete títulos que recogen los derechos, libertades y principios y disposiciones sobre el alcance e interpretación de la misma. Incorpora una técnica innovadora de sistematización en que los seis títulos de contenido material recogen derechos fundados en la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Esta misma clasificación consistente en agrupar los derechos en torno a un *valor* que les confiere una unidad de sentido es sumamente novedosa.¹⁵⁷

de “parte dogmática” insertándolo en su parte segunda. Con ello se conseguía dotar al nuevo Tratado de un rasgo *constitucional* de extraordinaria relevancia, lo que constituía un paso definitivo hacia una organización plenamente política, satisfaciendo los intereses y posiciones europeístas más proclives al avance hacia un futuro federal europeo. La parálisis a que se enfrentó el proceso reformista europeo después del fracaso de la iniciativa constitucional y la desilusión de comprobar cómo la ciudadanía europea no compartía, ni de lejos, el entusiasmo de sus dirigentes políticos por el nuevo paso dado en la construcción europea, abrió un periodo de autocrítica que sin embargo no consiguió enfriar la firme decisión de dotar a la Carta de plena eficacia jurídica.

¹⁵⁵ (DO- C 303 de 14 de diciembre de 2007). Esa versión de 2007 fue publicada en DO C 83 de 30 de marzo de 2010, pp. 389/403. Luego publicada también en DO C 326 de 26 de octubre de 2012, pp. 391/407 (Este texto 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).

¹⁵⁶ Art. 6.1.- “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales 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 y 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”.

¹⁵⁷ Si bien conecta bien con la finalidad perseguida de ser un texto “accesible” al ciudadano no puede dejar de notarse una cierta falta de rigor al equiparar a los cuatro primeros el correspondiente a “ciudadanía” de

Y así, el Título VI de la Carta (arts. 47-50) está dedicado a los derechos vinculados al valor “Justicia” (en que se incluyen las garantías procesales clásicas): el derecho a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial, la presunción de inocencia, los derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. Entre ellos destaca la novedad de que el derecho a un proceso equitativo (art. 47.2) se extiende a cualquier proceso judicial, no sólo civil o penal (a diferencia del CEDH). Igualmente se incluye el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 47.3) (reconocido ya por la jurisprudencia de TEDH aunque no estaba en el Convenio) y el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49.3), siendo novedosa su configuración de forma independiente del principio de legalidad penal. También es interesante la regulación autónoma (respecto del principio de legalidad) del *ne bis in idem* (art. 50) que proscribía la duplicidad sancionadora.

Por último, ha de señalarse que también en el Título VII destinado a Disposiciones generales se incluye el art. 54 (prohibición del abuso de los derechos fundamentales) que tiene contenido sustantivo (ya estaba en el CEDH pero no se ha desarrollado toda su potencialidad jurisprudencialmente).¹⁵⁸

En la redacción de la Carta se aplicó el principio de *indivisibilidad*, proclamando la totalidad de derechos sin circunscribirse a los que tengan relación directa o indirecta con el ámbito propio competencial de la UE. Igualmente se aplicó el principio de *universalismo* conforme al cual, los derechos iban destinados (con excepciones como los derechos políticos) a todas las personas con independencia de su ciudadanía o residencia en el ámbito geográfico de la UE.¹⁵⁹

La principal crítica doctrinal que se ha efectuado frente a la Carta son sus evidentes imprecisiones técnicas y una generalizada ausencia de rigor terminológico que si bien multiplica las posibilidades hermenéuticas de la misma, incrementa la complejidad en su efectiva aplicación.¹⁶⁰ Ya se pusieron de manifiesto en su proceso de

muy diferente valor. Y así se agrupan los derechos en torno a una serie de valores o nociones (cuyo nombre encabeza los Títulos, a saber Título I: “Dignidad” –arts.1 -5), II: “Libertades”-arts. 6-19, III: “Igualdad” arts.20-26, IV: “Solidaridad” arts.27-38, V: “Ciudadanía” arts.39-46 y VI: “Justicia”, arts. 47-50).

¹⁵⁸ Gran parte de la doctrina ha señalado que podría ser interesante desarrollarlo para aplicarlo a minorías organizadas y violentas, impidiendo que las disposiciones de la Carta sean usadas por individuos o grupos para reconocer un derecho a realizar actividades tendentes a destruir o limitar los derechos o libertades de otros.

¹⁵⁹ MANGAS MARTÍN, lo considera un acierto ya que así “permite una visibilidad completa de la dignidad humana ante una diversidad de situaciones”. (MANGAS MARTÍN A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p.822).

¹⁶⁰ Ello es inseparable de su inicial naturaleza de texto político, la peculiaridad de su elaboración por una Convención híbrida y la preexistencia de una desarrollada y dinámica construcción jurisprudencial del TJ en la materia, -coexistente con la del TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales-, junto a la

elaboración las sustanciales divergencias existentes entre los sistemas jurídicos nacionales europeos y el de la UE y las diferencias terminológicas así como de técnica jurídica desde el punto de vista de la consagración y jerarquización de derechos fundamentales (derechos humanos según la terminología del CEDH, que a su vez utiliza sus propias categorías).¹⁶¹ Es por ello lógico que no pueda ser analizada y valorada técnicamente bajo la estricta óptica y lógica jurídica de los parámetros de nuestro derecho constitucional nacional sino también en relación con los del derecho comparado, las categorías el ordenamiento de la UE y el CEDH.

La Carta utiliza un concepto amplísimo de “derechos fundamentales” y maneja un concepto de derechos fundamentales distinto que el de las constituciones nacionales europeas ¹⁶²y ello conlleva la necesaria “relativización de las categorías constitucionales” en la integración europea, puesto que no existe un Estado europeo ni siquiera federal sino una Unión de Estados. Emerge un nuevo constitucionalismo con otras categorías funcionales¹⁶³.

Se ha criticado que algunos de los derechos regulados en la Carta carecen (en el sentido riguroso del término) de fundamentalidad y su encaje en tal categoría es cuanto menos forzada (especialmente aquellos que provienen del derecho comunitario derivado o los que son propios de los tratados internacionales). No es el caso de los

influencia en ocasiones heterogénea de los distintos catálogos de derechos internos e internacionales en vigor. En el mismo sentido, la defectuosa técnica de la Carta también se evidencia en su distinción entre *derechos y principios* (al respecto, el Consejo Europeo de Colonia insinuaba la necesidad de plasmar una *jerarquía* entre derechos distinguiendo los relacionados con la libertad e igualdad, garantías procesales y derechos de ciudadanía y por otro lado los económicos y sociales, para ser “tenidos en cuenta” (lo que parecía excluir su justiciabilidad. Finalmente (para evitar el bloqueo en los debates en el seno de la Convención) todos se incluyeron como derechos, con una “coletilla” para algunos de estos últimos: “ la adición de la fórmula “según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales” precisión notoriamente insuficiente).

¹⁶¹ Doctrinalmente se ha señalado la génesis de una nueva disciplina, la *Ciencia del Derecho constitucional europeo*, que simboliza desde una dimensión formal, el bloque de la legalidad comunitaria que ha sido desarrollada a partir de los Tratados, las constituciones nacionales de los Estados miembros, los grandes sistemas jurídicos nacionales y el CEDH,...Desde una dimensión material, esta incipiente disciplina científica se ha nutrido de los conceptos acuñados por la ciencia del Derecho público comparado. (SANTANA HERRERA, M.S, “La función de los derechos fundamentales en la incipiente ciencia del derecho constitucional europeo”, *Revista Europea de Derechos fundamentales* nº 9/1er semestre 2007, p.131). Sobre el tema, consultar: ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Madrid, 2007; HÄBERLE, P., “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, 1993, pp.7-46; HARTLEY, T.C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; VON BOGDANDY, A., y BAST, J. (eds.), *Principles of European constitutional law*, Hart, Oxford, 2006.

¹⁶² Examinadas las distintas constituciones de los Estados miembros tampoco puede establecerse una categorización uniforme ni una denominación unánime de los derechos fundamentales. Reciben distintas denominaciones como “derechos básicos, derechos fundamentales, derechos humanos fundamentales, derechos individuales, con diferenciación entre derechos y libertades. Incluso la ubicación y alcance jurídico de los derechos (y la frontera entre derechos y principios), varía según los distintos ordenamientos.

¹⁶³ GARCÍA ROCA, J. *op.cit.*, nota 65, p.65.

derechos fundamentales incluidos en el Título Justicia que corresponden a las categorías clásicas consagradas en la mayoría de ordenamientos nacionales.¹⁶⁴

Precisamente esta positivación de las garantías procesales penales en un texto al que se dotaba del mismo valor jurídico que los Tratados (derecho originario de la UE) *a priori* podría evidenciar un salto *cualitativo* de gran magnitud desde el punto de vista de las eventuales competencias de la UE en la construcción de un proceso penal europeo, regulándolas de forma efectiva en el ELSJ en construcción, máxime cuando (como se viene reseñando) venía sido objeto de continuado debate en el seno de la UE la cuestión de la legitimación en este ámbito. En todo caso, supone un efectivo paso adelante hacia la “europeización” de tales derechos o garantías.

Sin embargo, la Carta fue fruto del propio recelo de los Estados miembros frente a su aplicación efectiva y potencialidades. Y así, en su Título VII, la Carta bajo el epígrafe “Disposiciones Generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta” contiene las cláusulas horizontales de la misma¹⁶⁵ cuya falta de claridad ha abonado un intenso debate doctrinal. En especial, sobre la compleja articulación de los niveles de protección (a tenor del art. 53) y la alegada “intangibilidad de la distribución competencial” (del art 51.2).¹⁶⁶

Esa *intangibilidad* de la distribución competencial se plasmó en la final redacción del art. 51.2 y 6.1 TUE. Mantenía, así pues, el modelo de “*competencias de atribución*” conforme al cual la UE actúa dentro de los límites y objetivos expresamente conferidos por los Tratados, con conexión directa o indirecta con el funcionamiento del mercado interior lo que *excluye una genérica competencia en materia de derechos fundamentales*, sin que obste para ello que algunas disposiciones de los Tratados hagan referencia concreta a algunos de ellos.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Se acogen las principales garantías procesales que conforman lo que en la tradición jurídica anglosajona se denomina *due process of law* (derecho a tutela judicial efectiva, al Juez imparcial, a la presunción de inocencia y derechos de la defensa). Se incluyen también las garantías penales propias de un Estado de derecho (Principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por mismo delito). En el análisis de la parte III se acometerá su estudio en profundidad.

¹⁶⁵ En el texto inicial de Niza su inclusión tenía como finalidad impedir la ampliación competencial de la UE así como evitar una devaluación del régimen existente en materia de derechos humanos anterior a la Carta tanto a nivel nacional como europeo. La Convención redactora de una Carta inicialmente *no vinculante* buscaba no sobrepasar las competencias de los Tratados ni incluir disposiciones contrarias o que exigieran reformar las constituciones nacionales.

¹⁶⁶ Art. 51.2 bajo el epígrafe “Ámbito de aplicación” reza: 2-“La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión ni modifica las competencias y misiones definidas”.

¹⁶⁷ *Vid* anteriores consideraciones sobre la competencia legislativa expresamente prevista en lo referente a la regulación de los *derechos de las personas* durante el procedimiento penal (art. 82 TFUE).

Podría interpretarse este precepto en el sentido de explicitar que la regulación normativa de los derechos fundamentales no constituye una competencia *adicional* de la UE, aunque la observancia de tales derechos opere como límite externo de los poderes públicos europeos siendo parte del “bloque de constitucionalidad” como parámetro de validez de sus actos, (permaneciendo la regulación de derechos fundamentales en la esfera competencial residual de los Estados miembros). De hecho, el art. 51.2 menciona expresamente a las “misiones” para evitar el progreso de la tesis funcionalista (excluyéndola como técnica de integración de competencias de la Unión).

Sin embargo, pese a la aparente claridad y rotundidad de la dicción *literal* de ese precepto, es cierto que la disposición encierra una contradicción prácticamente insalvable ya que los derechos fundamentales son por su misma naturaleza, además de derechos subjetivos, “normas atributivas de competencia” a la sociedad civil o a los poderes públicos, reglas que articulan la división de poderes entre ambos.¹⁶⁸ Y así, en la práctica indirectamente sí puede hablarse de un efecto de ampliación competencial en la materia, habida cuenta que la Carta no sólo formula una enumeración negativa de derechos objeto de salvaguarda sino que incluye principios susceptibles de desarrollo legislativo positivo.

La Carta, efectivamente, no determina un nuevo ámbito de actuación de la UE ni consagra una *revolucionaria* transferencia de soberanía estatal en materia de tutela de derechos fundamentales sino que viene a positivizar aquellos derechos cuyo respeto es presupuesto de validez y legalidad del derecho de la UE como límite material a su actuación- siempre dentro de sus propios ámbitos competenciales- (y por ende, a la de los Estados en cumplimiento de ese derecho propio). Pero tales derechos, (cuya eficacia jurídica se proclama en Lisboa como parte del derecho originario), no podrán ser vulnerados ni en el ámbito de la UE ni en el de sus Estados miembros. De esta suerte, los citados derechos “positivizados” en una fuente con valor idéntico a los Tratados, ya no serán aplicables por la vía indirecta de los principios generales del derecho de la UE, sino como derecho originario invocable no sólo ante el TJ sino también ante las jurisdicciones nacionales.

El salto cualitativo operado en Lisboa, también desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, supone que la Carta habrá de tener un doble valor a nivel nacional: en cuanto Derecho de la Unión por ser parte de un Tratado originario (en virtud de la cesión

¹⁶⁸ GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords), *Integración europea a través de derechos fundamentales: De un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, p.57.

prevista en art 93 CE) y en cuanto pauta interpretativa de la propia Constitución Española por obra de la propia Constitución (art 10.2 CE).¹⁶⁹ Tratar de circunscribir este efecto hermenéutico al estricto ámbito de la actuación propia de la UE en nuestro país no deja de ser un esfuerzo inútil atendido el *contagioso* efecto de la Carta y la permeabilidad de la misma.

Sin embargo la precisión del artículo 51 limitando la eficacia de la Carta a los supuestos en que los Estados miembros actúen en aplicación del derecho de la UE no es baladí desde el punto de vista del control jurisdiccional del respeto a la misma, especialmente en el momento actual ante una Carta jurídicamente vinculante.¹⁷⁰ Y así, el TJ será competente para controlar los actos nacionales ejercidos en ese ámbito del derecho de la UE y también cuando se acojan a excepciones previstas en los Tratados o en derecho derivado (actos también sujetos a su jurisdicción) debiendo efectuar un control de legalidad -bajo el parámetro fijado de la Carta- y de proporcionalidad (examinando si efectivamente respetan los criterios establecidos excluyendo discriminaciones arbitrarias). Sigue fuera de la competencia del TJ el eventual control de actuaciones internas que pudieran contravenir la Carta si no entran en el ámbito estricto de la actuación de la UE resultante del reparto competencial existente, (lo que no significa que puedan los poderes nacionales en esos otros ámbitos vulnerar libremente los derechos contenidos en la Carta ya que sería un contrasentido). En ese supuesto, el patrón normativo aplicable en nuestro país será la CE y el ordenamiento interno (en cuyo sistema de fuentes ha entrado por la vía del art 10.2CE y muy significativamente también por el art. 93 CE, ese nuevo instrumento que ha de ser objeto de análisis y aplicación por parte de los jueces nacionales ordinarios y el propio TC e invocado de forma creciente en la práctica cotidiana judicial.

Así pues, en el ámbito propio de la UE, los jueces nacionales en su calidad de “jueces europeos” han de controlar también el respeto a la Carta (y a la jurisprudencia

¹⁶⁹ El TC en su Declaración de 13 de diciembre de 2004, pronunciándose sobre la posible inconstitucionalidad del que hoy es el art. 51 hacía hincapié en la virtualidad del art. 10.2 CE a tal efecto. (Declaración del TC (Pleno) 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, *BOE* núm. 3 de 4 de enero de 2005).

¹⁷⁰ En la reciente Sentencia *Åkerberg* de 26 de febrero de 2013, con ocasión de una cuestión prejudicial planteada sobre el derecho *ne bis in idem*, se contienen interesantes precisiones hermenéuticas del TJ en cuanto al ámbito de aplicación de los DFUE y el art. 51 de la Carta. El TJ (frente a la tesis del abogado general) asume una concepción extensiva del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y por tanto del papel de los DFUE. (Asunto C-617/10, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*. (Petición de decisión prejudicial: *Haparanda tingsrätt – Suecia*), STJ (GS) de 26 de febrero de 2013, (ECLI: EU: C: 2013:105). (Vid. comentario de esta sentencia en el posterior estudio pormenorizado de dicha garantía procesal y en relación al Asunto *Melloni*).

del TJ), operando en toda su dimensión el principio de primacía del derecho de la UE, en virtud del cual, no tendrían que plantear preceptivamente cuestiones de constitucionalidad ante el TC cuando en determinados supuestos fuera exigible la inaplicación de leyes y actos internos por contravenir directa e inequívocamente a aquella.

Es evidente que en la práctica, resultará difícil delimitar los actos y disposiciones nacionales comprendidos o no dentro de ese ámbito propio competencial de la UE, (máxime si tenemos en cuenta la amplia y genérica definición de competencias y objetivos en relación al ELSJ que contiene el Tratado de Lisboa en materia penal). Y así, cuando la UE tenga formalmente atribuida en los Tratados una competencia normativa aún no ejercida. ¿Podría en ese caso el TJ entrar a enjuiciar las acciones estatales a la luz de la Carta? El problema se plantea en toda su intensidad durante el periodo de adaptación de una Directiva al derecho interno.¹⁷¹

En cuanto al “Alcance e interpretación de los derechos y principios”, desarrollado en el artículo 52,¹⁷² en su extremo tercero (art. 52.3),¹⁷³ impone una suerte de estándar mínimo en la protección de derechos en conexión con el CEDH. La imperfección técnica de la redacción de este párrafo es evidente ya que introduce una contradicción intrínseca (¿Cómo ordenar un alcance igual si puede uno de ellos llegar a ser más extenso?). Debería haberse hecho mención expresa al mínimo común denominador del CEDH y a la posibilidad de que el mismo fuera rebasado por una regulación más garantista. En todo caso, este precepto consagra el progresivo proceso de recepción en el ordenamiento de la UE de las disposiciones del CEDH y la jurisprudencia del TEDH (esencial desde el punto de vista nacional ya que *de facto* tales criterios se venían aplicando judicialmente a nivel interno). En la Carta se produce así una *autovinculación* al Convenio.¹⁷⁴ Y así puede concluirse que efectivamente dicho precepto contiene una

¹⁷¹ Señala LINDE que podría entenderse que al existir la Carta con valor de “Tratado” y existiendo numerosos preceptos aislados del Tratado en materia de derechos, unos y otros, serían ámbitos singulares de competencias y por tanto (en virtud de la cláusula residual del art. 4) competencias compartidas entre la UE y sus Estados miembros. (LINDE PANIAGUA, E., *op.cit.*, nota 150).

¹⁷² Art. 52. “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2.- Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”.

¹⁷³ Art. 52. 3.- “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de 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”.

¹⁷⁴ Muy interesantes las Conclusiones Generales de la Abogada General Sra. Juliane KOKOTT de fecha 29 de abril de 2010 en el As.C-550/07, (Recurso de casación –en materia de secreto profesional de abogados-). De forma explícita se refiere a la interpretación sobre el sentido y alcance del secreto

cláusula de apertura al derecho internacional (con eficacia semejante al art. 10.2 CE en nuestro ordenamiento).¹⁷⁵

En cuanto al artículo 52.4¹⁷⁶ resulta también criticable la expresión utilizada en el mismo. La fórmula hermenéutica contenida en dicho precepto no ha de ser interpretada en su literalidad como relativa *únicamente* a los derechos resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. (Que, a tenor de las explicaciones de la Carta se concretarían vgr. en los derechos del art. 10.2 (objeción de conciencia), art. 14 (educación), art. 49.1 (irretroactividad de la norma penal favorable) y art.49.3 (proporcionalidad de delitos y penas), sino que ha de ser aplicable prácticamente a la generalidad de los derechos de la Carta en cuanto fruto todos ellos de un general consenso europeo derivado de su acervo común. Los párrafos 4,5 y 6 de dicho precepto acentúan el objetivo inicial limitador de las posibilidades de desarrollo jurisprudencial en la materia, por lo que tales cláusulas horizontales han sido calificadas como “renacionalizadoras”,¹⁷⁷ tratando de constreñir la jurisprudencia del TJ y armonizarla con las jurisprudencias constitucionales de los estados miembros.

Por último, ha de analizarse el artículo 53 que de forma compleja (y sin conseguirlo) trata de fijar el “Nivel de protección,” preceptuando que: “ 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

profesional que ha de prevalecer en el ámbito de la UE. Entra a valorar la relación entre los estándares de protección del derecho de la Unión y el CEDH e incluso se refiere expresamente al ámbito de aplicación de la Carta: el art. 52 de sus cláusulas horizontales así como el ámbito de uno de los derechos fundamentales de la Carta en materia de garantías procesales (arts. 47 y 48). Y así señala que: En estas circunstancias, el Derecho de la Unión, en su estado actual, no ofrece un nivel de protección inferior al garantizado por el CEDH al limitar el secreto profesional a las comunicaciones con abogados externos. Por consiguiente, el *principio de coherencia* del artículo 52, apartado 3, primera frase de la Carta de los Derechos Fundamentales *no obliga a ampliar la protección del secreto profesional* a las comunicaciones con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas. (...) *Ciertamente, en la protección de los derechos fundamentales, el CEDH garantiza únicamente un nivel mínimo, por encima del cual el Derecho de la Unión puede conceder una protección más extensa* (artículo 52, apartado 3, segunda frase, de la Carta.). Sin embargo, por los motivos que se exponen a continuación no sería adecuado ampliar el ámbito de protección del secreto profesional que ofrece el Derecho de la Unión a las comunicaciones con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas”). (Asunto C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd. contra Comisión Europea*, Conclusiones del Abogado General Kokott presentadas el 29 de abril de 2010, (ECLI: EU: C: 2010:229). Dio lugar a la STJ (GS) de 14 de septiembre de 2010, (ECLI: EU: C: 2010:512).

¹⁷⁵ “Si alcanzáramos la misma conclusión a que ha llegado el Tribunal Constitucional español (que supone que el sentido y alcance de los derechos y libertades regulados en la Constitución coincidentes con los derechos regulados en el Convenio es el que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo) se estaría produciendo una estimable armonización interpretativa de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional españoles y del Tribunal de Justicia de la UE de manera que se excluirían los conflictos interpretativos”. LINDE, *op.cit.*, nota 150, pp. 41-2.

¹⁷⁶ (art. 52.4.- “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”).

¹⁷⁷ LINDE, *op.cit.*, nota 150, pp. 41 y ss.

internacionales de que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

El análisis de este precepto ha suscitado con plena intensidad el debate doctrinal sobre si nos encontramos ante una norma de resolución de conflictos o puramente hermenéutica.

El primer supuesto supondría considerar que dicha cláusula consagra la Carta como un *estándar mínimo de protección* susceptible de desplazamiento si otro ordenamiento nacional o instrumento internacional garantiza un mayor alcance o tutela al derecho en cuestión, lo que sin embargo se concilia difícilmente con el principio de *primacía* del derecho de la UE (en cuyo derecho originario se integra la Carta) y que exige una aplicación uniforme y preferente de éste.¹⁷⁸Y así, “este desplazamiento de la Carta supondría, en buena lógica la aplicación del ordenamiento nacional o internacional *más protector incluso en el ámbito de aplicación de la Carta (...)* y supondría el reconocimiento de una excepción a la aplicación absoluta del principio de primacía”.¹⁷⁹

Sin embargo, bajo la perspectiva de la jurisprudencia de la UE, su ordenamiento propio será el de aplicación principal interactuando con los ordenamientos nacionales bajo los principios de autonomía, efecto directo y primacía. Igualmente la exigencia de uniformidad en la aplicación del derecho de la UE impediría la aplicación de esa doctrina “maximalista” (proclive a primar el máximo estándar de derechos) y que en la realidad práctica, (como eventual cláusula conflictual) no sería tampoco de evidente aplicación. Incluso, en los casos más frecuentes de colisión de derechos, primar una interpretación del mayor estándar de uno supone rebajar el del derecho en conflicto con aquel.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Este tema se desarrolla con ocasión del análisis de la Sentencia *Melloni* con ocasión del derecho a la tutela judicial efectiva. (Asunto C-399/11, *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal*. (Petición de decisión prejudicial: Tribunal Constitucional – España), STJ (GS) de 26 de febrero de 2013, (ECLI: EU: C: 2013:107).

¹⁷⁹ DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 226-7.

¹⁸⁰ Ha sido criticada por la doctrina la referencia expresa de dicho art. 53 a las constituciones de los estados (en vez de a “las tradiciones constitucionales comunes”) señalando que si se interpreta en el sentido de “que los derechos fundamentales de las constituciones estatales sí se aplican en el nivel comunitario, parece que la cumbre de Colonia formuló mal su mandato ya que en lugar de inclinarse por el “estándar mínimo” de protección parece que tendría que haberse inclinado por el “estándar máximo” con los problemas que ello plantea” añadiendo que por el contrario si “los derechos fundamentales de las constituciones de los Estados no se aplican en el nivel comunitario carece de sentido la referencia a los derechos de las constituciones internas que hace el art. 53 CDFUE pues, ¿Cómo va una Carta de derechos “en el nivel comunitario” a limitar los derechos que las constituciones garantizan en el nivel estatal?” (RUIZ MIGUEL, C, *op.cit.*, nota 150, p. 50).

Es más interesante una tesis¹⁸¹ diferenciando la aplicación del artículo 53 en los supuestos de actos de la Unión (en que no podría acudir a derechos ajenos a la Carta) y los actos nacionales de aplicación o derogación del Derecho de la Unión, (en que podría acudir al derecho de más amplia tutela), dotando para ello de especial significado a la referencia expresa del artículo 53 *en su respectivo ámbito de aplicación*¹⁸². Señalaba la doctrina que en estos casos, normalmente se acudiría preferentemente a las instancias judiciales nacionales de tutela de derechos en las que el mismo sería analizado en toda su extensión, (conforme a ese eventual estándar máximo nacional), limitando con ello el alcance práctico del problema.¹⁸³

El segundo supuesto planteado doctrinalmente, (considerando dicho precepto como criterio hermenéutico) no conllevaría un desplazamiento en la aplicación de la Carta sino que se limitaría a imponer al TJ una interpretación de la misma no lesiva de los derechos reconocidos por otros instrumentos internacionales o constitucionales internos. (Siguiendo una línea de la interpretación que ha venido acogiendo el TEDH). Ello no se identifica con asumir necesariamente una interpretación correspondiente al máximo estándar de protección sino que, (como también ha venido haciendo el TJ en sus pronunciamientos jurisprudenciales¹⁸⁴), permitiría (tras el planteamiento de la cuestión prejudicial y una vez fijados una serie de criterios sobre el alcance del concreto derecho en el ordenamiento de la UE), el reenvío al examen concreto en las instancias nacionales de los límites de protección de los derechos en cuestión en cada caso, dotando con ello de *flexibilidad* a la aplicación de esos estándares nacionales. En todo caso, la jurisprudencia no ha sido clara ni coherente en tal sentido, recurriendo normalmente a la aplicabilidad de los principios generales del derecho y a las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros como tales (extremo hoy positivizado en art. 6.3TUE).¹⁸⁵

¹⁸¹ Vgr. defendida por AZOULAI, L. *op.cit.*, nota 105.

¹⁸² Tesis que no parece compartir la citada Sentencia *Melloni* que descarta el superior estándar constitucional interno de tutela en relación a un recurso de amparo frente a una resolución judicial *nacional* en materia de euroorden. Sin embargo la Sentencia *Åkerberg*, matiza que si la actuación estatal es encuadrable en dicho ámbito pero no está 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 TJ ni a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión”. (sentencia citada en nota 170, apartado 29).

¹⁸³ Salvo que existiera la obligación de solicitar una interpretación del TJ (*Vid.* consideraciones sobre la obligatoriedad de plantear cuestión prejudicial en garantía de la tutela judicial efectiva, en último epígrafe de la Parte III de esta tesis).

¹⁸⁴ Vgr. Sentencia dictada en *As. Hoechst* el 21 de septiembre de 1989 con ocasión del debate sobre la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas. (Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 21 de septiembre de 1989, (ECLI: EU: C: 1989:337).

¹⁸⁵ Como término medio, entre ambas posturas, es interesante la tesis que acoge la posibilidad de una excepcional “derogación” del derecho UE contenido en la Carta en supuestos muy concretos. El TJ sería el competente para controlar aquellos supuestos en que el respeto a un derecho fundamental reconocido por

En cuanto a la interpretación sostenida por el TC español, es revelador que en el Auto 86/2011 de fecha 9 de junio de 2011, en que novedosamente por primera vez se ha planteado por el mismo una cuestión prejudicial ante el TJ en materia de derechos fundamentales, (en relación a la orden de detención y entrega en supuestos de condena en ausencia),¹⁸⁶ precisamente sea objeto de consulta la interpretación del citado artículo 53 CDFUE (tras efectuar un resumen de las distintas posiciones doctrinales en la materia).¹⁸⁷ Concretamente se cuestiona si podría otorgarse a los derechos involucrados en dicho asunto (los previstos en artículos 47 y 48 de la Carta, derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa), 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 Española. Bien que sin zanjar de forma

una norma interna podría permitir la derogación del derecho de la UE en virtud de dicho art. 53, siempre que la medida nacional derogatoria fuera adecuada para la consecución del objetivo perseguido y proporcionada. (Se propugna que los dos elementos que conforman el test de *proporcionalidad*, esto es el control de la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida nacional derogatoria), deberían caer en manos de las autoridades nacionales, mejor situadas para identificar si la medida nacional es la menos gravosa de las que permiten asegurar la protección del derecho fundamental en litigio, y si la misma no genera un desequilibrio entre el sacrificio derivado de la falta de aplicación del Derecho de la UE y la ventaja que ofrece al interés particular (derivado de la protección del derecho fundamental reconocido en sede nacional)". La dificultad de la aplicación práctica de esta tesis es evidente ya que sería imprescindible una jurisprudencia clara del TJ en tal sentido. Además, si se obviase por el órgano jurisdiccional el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial, el conflicto derecho interno-Carta no llegaría a plantearse, acogiendo el tribunal nacional su propio estándar constitucional. Es importante distinguir los supuestos en que dicha solución es inocua y cuando efectivamente supone una contravención directa del derecho de la UE y de la primacía del mismo. (DÍAZ CREGO, M., *op.cit.*, nota 179, pp. 237-8).

¹⁸⁶ Con ocasión de la interposición de un recurso de amparo contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008. (El Auto TC 86/2011 de 9 de junio de 2011 acuerda el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la suspensión de la tramitación del Recurso de amparo nº 6922-2008, promovido por Don Stefano Melloni).

¹⁸⁷ Y reza dicho auto: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha pronunciado todavía acerca del sentido de esta disposición horizontal de la Carta, que es verdaderamente capital de cara a la clarificación del alcance y la función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como de su articulación con respecto a las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones de los Estados miembros". Y a continuación enuncia las siguientes interpretaciones en relación con el art. 53 CDFUE: "a) La primera consiste en equiparar el art. 53 CDFUE a una cláusula de estándar *mínimo* de protección característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como la contenida en el propio art. 53 CEDH, (...) En este caso el art. 53 CDFUE *permitiría a un Estado miembro justificar una excepción* a la obligación de ejecución de una orden de detención europea, o, como ocurre en el presente supuesto, justificar la licitud de su ejecución condicionada al objeto de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución, *sin que, por lo demás, ese mayor nivel de protección característico de un determinado sistema nacional tenga necesariamente que generalizarse mediante su asunción por parte del Tribunal de Justicia*; b) La segunda interpretación del art. 53 CDFUE lo alejaría de la cláusula del estándar mínimo de protección para convertirlo en un precepto cuya finalidad sería delimitar el ámbito de aplicación respectivo de la Carta y, por lo que aquí interesa, el de las constituciones de los Estados miembros, reiterando (cfr. art. 51 CDFUE) que, *fuera del ámbito de aplicación de la primera -y, por lo tanto, allí donde por definición no se plantea conflicto alguno entre ambos sistemas de protección-, el Derecho de la Unión Europea no impide el despliegue de la protección constitucional que los derechos fundamentales merezcan en cada Estado miembro* (vid., la STJUE de 11 de enero de 2000, Kreil, C- 285/98, Rec. p. I-69). Esta lectura del precepto citado encontraría su fundamento en una apreciación rigurosa -en el sentido de no admitir modulación alguna- de la razonable pretensión de *uniformidad* del Derecho de la Unión; c) La tercera pasa por alguna forma de *integración* de las dos primeras, conforme a la cual el art. 53 CDFUE operaría, bien como una cláusula de estándar *mínimo* de protección -capaz, por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental-, o bien como una cláusula que impone una *solución común uniforme* en todo el territorio -aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales-, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate".

definitiva el tema, al resolver dicha cuestión, el TJ vino a desestimar de forma tajante (y quizá un tanto abrupta), las distintas pretensiones del TC español, acometiendo de forma incompleta pero sin duda decidida, la tarea de pronunciarse sobre la hermenéutica del tan controvertido precepto de la Carta.

Y así, en primer lugar, frustrando la principal intención del TC de ver eventualmente amparada su tesis de la vulneración *indirecta* de los derechos fundamentales en los supuestos de euroorden. Y descartando (en respuesta a su primera cuestión) la disponibilidad estatal del nivel de protección de derechos fundamentales o la posibilidad de que en un supuesto como el planteado, (dentro del ámbito de aplicación del derecho de la UE) pueda predominar el estándar nacional frente al señalado en la Carta. Por último (en su respuesta a la tercera cuestión), rechazando la interpretación propuesta de forma preferente por el TC español con la que pretendía avalar su debatida jurisprudencia constitucional. Y así, el TJ matiza que el artículo 53 solo impone un nivel de protección de los derechos fundamentales “dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión”, excluyendo la virtualidad de que obligue a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales de su constitución nacional en los supuestos situados fuera de ese ámbito de aplicación. Siendo el caso debatido perteneciente al ámbito regulado por el derecho de la UE, (resolución judicial nacional sobre entrega del reclamado en virtud de euroorden), en virtud del principio de primacía, el parámetro definitivo o resolutivo para medir la corrección de la actividad judicial interna de aplicación del derecho de la UE habría de ser el formado por los DFUE (y no el nacional).¹⁸⁸

Por lo expuesto, ha de afirmarse que el Tratado de Lisboa supuso un doble espaldarazo a la progresiva creación de un Derecho propiamente “Europeo” en materia de garantías procesales penales, paralelamente disponiendo la plena eficacia jurídica vinculante de la Carta que las consagraba al máximo nivel dentro del ordenamiento propio de la UE y posibilitando de forma expresa el desarrollo de un derecho derivado

¹⁸⁸ Sentencia *Melloni* dictada en asunto.C-399/11, (citada en nota 178). En coherencia con las Conclusiones del Abogado General (M.Yves Bot), no ha dudado el TJ, en imponer en este caso una interpretación del ordenamiento de la UE en relación con los derechos fundamentales de la Carta no acorde con la hermenéutica constitucional nacional de un Estado miembro (España). Ratifica la validez del artículo 4 de la DM reiterando que el derecho de defensa no es absoluto, con remisión a la jurisprudencia del TEDH al respecto (el acusado puede renunciar al mismo, expresa o tácitamente o puede conferir mandato a un letrado para que le defienda en el juicio al que no comparece) y señalando que precisamente esta última posibilidad -que concurre en el caso debatido, (prevista en letra b) del art. 4 bis apdo. 1 de la DM 2009)- es coherente con el alcance reconocido a los derechos del art. 6, apartados 1 y 3 del CEDH y por la jurisprudencia del TEDH).

aproximador en materia sustantiva y procesal penal completando, desarrollando y delimitando los derechos del Título VI de la Carta.¹⁸⁹

Obviamente la Carta (y su complejidad interpretativa) no puede ser utilizada como *coartada* para entender que se haya “comunitarizado en bloque” una materia tan próxima a la soberanía estatal y que aún muchos Estados miembros consideran casi intocable, (en cuanto a los estándares nacionalmente establecidos en sus normas constitucionales respectivas- y sin olvidar la propia cláusula de *opt-out* de tres de ellos, subordinando a la misma su propia ratificación del Tratado de Lisboa).

Sin embargo, no deja de ser evidente que mientras la UE se refuerza y avanza hacia mayores cotas de integración política y jurídica (notoriamente en materia penal) igualmente la Carta va aplicándose a mayores ámbitos competenciales que los objetivamente previstos en el momento de su redacción, trascendiendo desde luego el estrecho y confuso marco de sus cláusulas horizontales, (redactadas en un momento histórico superado) y pasando a ser citada con profusión por los Tribunales, incluso en ámbitos estrictamente internos (por la propia permeabilidad de la misma). En todo caso, la imprecisión de su texto no solo ha de conllevar una crítica negativa sino también una correlativa promesa de riqueza interpretativa para el operador jurídico nacional en su función garante de los derechos fundamentales.¹⁹⁰

B. La proyectada adhesión de la UE al CEDH: ¿Complicación o simplificación de la tutela judicial de los derechos fundamentales procesales en Europa?

El CEDH firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en vigor desde el 3 de septiembre de 1953), fue el primero de los Tratados celebrados en el seno del Consejo de Europa. En la actualidad todos los Estados miembros de la UE se han adherido al Convenio, pero la Unión no es Parte contratante de mismo y hasta la reforma del Tratado de Lisboa no se habían formalizado las reformas precisas para su eventual adhesión ni

¹⁸⁹ Ha de señalarse el relevante papel que al efecto está desarrollando el incipiente pero ya imparable derecho derivado en materia procesal penal aprobado tras la reforma de Lisboa (especialmente las Directivas reguladoras de garantías procesales y derechos de la víctima), nuevas normas y que en su propio texto señalan como base o fundamento jurídico incontestable tanto el correspondiente precepto de la Carta como la propia atribución competencial aproximadora ex.art. 82TFUE como un todo inseparable y armónico y debiendo entenderse tales Directivas como concreto desarrollo del contenido esencial de esos derechos fundamentales previstos en la Carta.

¹⁹⁰ “...hay que significar que grados altos de incertidumbre deben ser asumidos como un componente más del sistema neofederal de la Unión Europea y no como una deficiencia del mismo” (LINDE PANIAGUA, E., *op.cit.*, nota 132, p. 283).

tampoco se había alcanzado la firme decisión política por parte de los Estados miembros de optar de forma irrevocable por dicho acceso¹⁹¹.

En la actualidad el TEDH que garantiza la efectividad del Convenio en sede jurisdiccional, se enfrenta a nuevos retos y problemas. De un lado, los nuevos miembros del Consejo de Europa, Estados de Europa Central y del Este provenientes del desmembrado bloque soviético, todos ellos Parte del Convenio, han dotado de una cierta heterogeneidad a la organización, haciéndola en cierto modo más inestable y multiplicando enormemente las demandas ante el Tribunal hasta paralizar su ritmo. La “juventud democrática” de algunos de estos nuevos miembros que aún no han conseguido implementar sólidamente los principios del Estado de Derecho y en los que se perpetúan en determinados ámbitos, vulneraciones flagrantes a los derechos de sus ciudadanos, expone al Consejo de Europa y a la labor de su Tribunal, a una difícil disyuntiva: “si los compromisos asumidos por los nuevos miembros no son cumplidos o lo son de manera deficiente(...)el Consejo tendría que decidirse bien por el rigor, con el consiguiente problema político, bien por la indulgencia, con las negativas repercusiones que ello entrañaría para su credibilidad”.¹⁹²

No ha de olvidarse que el propio TEDH pese a gozar de un cierto prestigio internacional en cuanto al contenido de sus resoluciones, sin embargo presenta actualmente una situación de colapso que precisamente pone en cuestión el tantas veces invocado ante el mismo, derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerado precisamente si dicho *amparo* judicial llega con una dilación indebida¹⁹³.

¹⁹¹ Vid. nota 27.

¹⁹² CARRILLO SALCEDO J.A., “El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Problemas actuales” en SALINAS DE FRÍAS, A., (coord.), *Estudios Europeos, volumen II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, (pp. 71 y ss). Señala el autor que: “El Consejo de Europa dejaba de ser un *club de democracias* como lo fue desde su creación hasta las ampliaciones que siguieron a los acontecimientos de 1989/1990 para transformarse en una *escuela de democracia*”. (pp. 61-2). Sobre el CEDH y tutela de derechos en el ámbito internacional, vid.: ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2004 ; EVANS, T., *The politics of human rights, global perspectives*, Pluto Press, Londres, 2005 ; FELLOUS, G., *Les droits de l’homme, une universalité menacée*, La documentation française, Paris, 2010 ; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Sílex, 2007; GARCÍA ROCA, J y SANTOLAYA, P. (coords), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005; PALACIO GONZÁLEZ, J., “La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo”, *El Tratado de Lisboa (II)*, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40/2009, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, (pp.161-179).

¹⁹³ Señala cáusticamente REMIRO BRETONS que “sabemos que la Corte Europea de Derechos Humanos como creación humana, política y temporal es perfectible, lo que queda muy fino, teniendo en cuenta que su ejecutoria en los últimos tiempos al incurrir en flagrantes retrasos en la administración de justicia y escasa o nula motivación de decisiones de inadmisión a trámite de los recursos que se interponen, hacen de ella un sacerdote que comparte el pecado por el que a otros impone penitencia, aunque la avalancha de casos (dos mil quinientos mensuales) y la productividad (mil quinientas decisiones por mes) sean atenuantes cualificadas y llamen a rebato a la reforma de un mecanismo que tiende a funcionar disparatadamente”.

Ha de tenerse en cuenta igualmente la cuestión de la verdadera eficacia y ejecutividad de las resoluciones emanadas del TEDH. El hecho de que sean obligatorias en los Estados signatarios *no significa que se traduzcan en resoluciones con efectividad equivalente a las ejecutorias judiciales en el derecho interno*. En España no sólo la doctrina¹⁹⁴ sino también la jurisprudencia, (tanto del TS como del TC) han venido denegando como regla general dicha eficacia, habiendo sido, hasta fechas bien recientes, especialmente complicado el cumplimiento estricto (*in natura*) de lo resuelto o acordado en tales instancias, sobre todo cuando el acto estatal en que se constata la vulneración de derechos procedía de los Tribunales de justicia internos. En tales casos, lo resuelto por el Tribunal de Estrasburgo (y en idéntico sentido, en el caso de los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en aplicación del Pacto de Nueva York),¹⁹⁵ no suponía la anulación en su caso de la concreta resolución judicial emanada de los Tribunales españoles que había dado lugar a la solicitud de tutela internacional y cuya inadecuación o vulneración de los tratados internacionales se hubiese decretado. Ello evidencia la debilidad del sistema aún vigente en materia de tutela de derechos en tales instancias internacionales, muy especialmente cuando la vulneración declarada proceda de instancias judiciales estatales, precisamente el supuesto más frecuente en que se impetra la tutela ante el TEDH en el marco de las garantías procesales penales. No puede seguir tolerándose que ese subsidiario control

(REMIRO BRETONS, A., "Algunos aspectos problemáticos de la tutela de los derechos humanos en la Unión Europea" en HERRERO DE LA FUENTE, A., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº2, Fundación Rei Alfonso Henriques, Zamora 2003 p. 89). Pese a la data de la cita, el problema de sobrecarga del TEDH no ha sido paliado y por tanto, la aguda observación del autor sigue vigente.

¹⁹⁴ GONZÁLEZ GARCÍA señala que en el ámbito español se recoge "el modelo monista de primacía del Derecho interno sobre el Derecho internacional" precisando que "de la asunción de este modelo no se deriva el carácter ejecutivo directo de las sentencias internacionales, sino que su eficacia será la que determinen los tribunales nacionales". (GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. "Efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: La ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales". en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Colex, Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2008, p. 382).

¹⁹⁵ Como ejemplo, resulta especialmente revelador el Dictamen emitido por el CDHNU (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) de 20 de julio de 2000 (as. Cesario Gómez Vázquez vs. España). En el mismo, (Comunicación nº701/1996, *Gómez Vázquez c. España*, Dictamen de 20 de julio de 2000) se entendió vulnerado el art. 14.5 del PIDCP en materia de derecho a la revisión del fallo condenatorio así como los pronunciamientos jurisprudenciales a que dio lugar tanto en el TS como en el TC español. Pese a declarar el Acuerdo de fecha 13 de septiembre de 2000 que se daría cumplimiento al mismo (habiendo interesado el propio MF la anulación de la Sentencia por el efecto vinculante del Dictamen), finalmente se dictó una resolución desestimatoria (Auto de fecha 14 de diciembre de 2001, confirmada por el Auto de 23 de abril de 2002), declarando no haber lugar a la nulidad de las Sentencias que le habían condenado como autor de un delito de asesinato frustrado, como se pretendía sobre la base del referido Dictamen del CDHNU. Interpuesto Recurso de amparo (núm. 73-2002), fue igualmente desestimado en STC (sala 1ª) 116/2006, de 24 de abril de 2006, (BOE núm 125 de 26 mayo de 2006).

a nivel supranacional (que tan esencial se revela en esta materia), quede vacío de contenido, generando por todo efecto, la correlativa impotencia del recurrente.¹⁹⁶

Como solución definitiva a dicha cuestión, reforzando así la autoridad supranacional del propio TEDH en nuestro ámbito y respondiendo a las unánimes críticas en tal sentido, parece inminente la aprobación en España de la reforma del artículo 954 LECRIM¹⁹⁷ incluyendo en el mismo un segundo párrafo con un nuevo supuesto de revisión de sentencias firmes del siguiente tenor: “2. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de 1 año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido tribunal”.¹⁹⁸

Más que nunca en este momento de “europeización progresiva” del panorama procesal en materia penal, resulta significativa la proyectada adhesión de la UE al CEDH. Tras un larguísimo debate doctrinal y político sobre su idoneidad y factibilidad, el Tratado de Lisboa retomó la opción de la fallida Constitución respecto a la firme decisión de adhesión¹⁹⁹. Y así el texto del actual artículo 6 del Tratado de Lisboa reza: “2.- La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

¹⁹⁶ El particular que tras un largo peregrinar de jurisdicciones creía finalmente ver reconocido su derecho mediante una resolución (dictamen o sentencia) internacional, descubría a la postre que su concreta situación procesal interna no iba a variar, quedando su victoria en el plano moral o meramente testimonial o convertido en una reparación equivalente indemnizatoria, claramente insuficiente. Sin embargo, cabe destacar la inmediata ejecutividad (precisamente muy controvertida por la opinión pública y por el colectivo de víctimas del terrorismo) de la revocación definitiva por parte del TEDH de la denominada doctrina *Parot* en Sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH de fecha 21 de octubre de 2013. Explicita en su fallo que “el Estado demandado debe garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo”, lo que fue inmediatamente cumplido por las autoridades judiciales del Estado condenado, en este caso España. (*DEL RÍO PRADA v. España* (GS), nº 42750/09, 21 de octubre de 2013, Reports 2013).

¹⁹⁷ Incluida en Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (13 marzo de 2015).

¹⁹⁸ Muy significativamente el pasado 21 de octubre de 2014 por Acuerdo unánime de los Magistrados de la Sala Segunda del TS, se decidió que “en tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal” para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH se da por bueno que el recurso de revisión que se regula en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) es el que “cumple este cometido”.

¹⁹⁹ Ya durante la elaboración del proyecto constitucional, se sustituyó la inicial y tibia expresión (antiguo art. 1-7 del PTCE) “persigue la adhesión”, por la definitiva “se adherirá” (recogida por el posterior art. 1-9 del PTCE y que ha pervivido en el art. 6.2 del Tratado de Lisboa).

Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

Dada la especialidad de la situación (al no tratarse de la adhesión de un Estado sino de una organización supranacional, hoy ya dotada de personalidad jurídica) y a los efectos de posibilitar la adhesión, previamente el Consejo de Europa fue aprobando los instrumentos jurídicos necesarios.²⁰⁰ A su vez, el Tratado de Lisboa y su Protocolo específico (nº8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la UE al Convenio, removieron los obstáculos jurídicos para posibilitar la misma, cuyas negociaciones concluyeron en fecha 5 de abril de 2013 con un Acuerdo entre los negociadores sobre los proyectos de instrumentos de adhesión.²⁰¹

Obviamente la adhesión pese a ser deseada por ambas partes (e interesante financieramente para el TEDH, necesitado de incrementar su presupuesto), presenta evidentes problemas de articulación práctica ya detectados por la doctrina con ocasión del previo debate sobre la conveniencia o no de formalizar la misma y evidenciados en el curso de las negociaciones que han presentado numerosos escollos, dilatándose en el tiempo más de lo inicialmente previsto. Se había puesto de manifiesto, (en el mismo sentido que el previo dictamen negativo en la materia dictado inicialmente por el TJ) que un eventual reconocimiento de competencia en materia de derechos humanos a la Unión haría perturbador e innecesario acceder a un sistema de fiscalización ajeno como el del TEDH que podría vulnerar la independencia y supremacía del TJ en su propio ámbito y no vendría sino a complicar el panorama de tutela regional de derechos. Además existía un cierto recelo sobre el origen nacional de los Jueces del Tribunal de Estrasburgo (sobre todo de Estados terceros) que podrían no compartir idéntico respeto a los derechos humanos que el resultante del acervo común de Estados miembros.

²⁰⁰ Adoptando el Protocolo 14 en Estrasburgo el día 13 de mayo de 2004 (en vigor desde 1 de junio de 2010) (art. 17) y modificando el art. 59 del CEDH. El Protocolo demoró su entrada en vigor por la dilación en la ratificación por parte de Rusia (que finalmente se produjo, el 18 de febrero de 2010). (El texto del CEDH está disponible en www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última consulta 12 de enero de 2015)).

²⁰¹ Durante la presidencia española (primer semestre 2010) se había aprobado la Decisión del Consejo de 4 de junio de 2011 autorizando la apertura de negociaciones (Se presentó un texto articulado). Por previsiones del art. 218.4 TFUE se encargó al grupo de trabajo de derechos fundamentales del Consejo de la UE (FREMP) el seguimiento de la negociación. Por su parte, el Consejo de Ministros de Consejo de Europa acordó encargar las negociaciones a su comité especializado en derechos humanos, Comité director de derechos Humanos (CDDH) con carácter prioritario y tomando como objetivo la fecha de junio de 2011, en que se dio por concluida la redacción de borradores del acuerdo de adhesión y su informe explicativo. Los Estados parte del convenio fueron emplazados a debatirlos y aprobarlos en reunión extraordinaria del CCDH convocada para octubre. Surgieron dificultades y la máxima sorpresa (ante la discrepancia existente en el propio seno de la UE) por lo que se paralizaron las negociaciones, remitiendo los textos elaborados al Comité de ministros del Consejo de Europa, para que decidiera el curso a seguir, asumiéndose una nueva estructura para seguir las negociaciones: con participación de todos los Estados. Finalmente tras varias reuniones, el 5 de abril de 2013, las negociaciones concluyeron con un Acuerdo entre los negociadores sobre los proyectos de instrumentos de adhesión.

Incluso dentro de éstos, la desconfianza se extendía a algunos de los nuevos socios europeos cuyas democracias eran tachadas de *inmaduras*. Igualmente se formulaban reparos desde la perspectiva de la especificidad del ordenamiento jurídico de la UE temiendo una pérdida de autonomía del mismo.

El principal recelo de algunos Estados miembros se concretaba en la eventualidad de que por la vía de la adhesión se incrementasen las competencias supranacionales en materia de tutela de derechos fundamentales, ante lo cual el Tratado de Lisboa, en la nueva redacción del artículo 6.2 especifica que *Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*.²⁰² Es obvio que dicho precepto constituye una *contradicción* en sí mismo ya que mientras predica la no alteración de los ámbitos competenciales, *de facto* expresamente añade una competencia a la UE al facultarla para su adhesión al CEDH para lo que obviamente no tenía previamente competencia, como había señalado expresamente el TJ en su previo dictamen al respecto.²⁰³ Lo que sus redactores quisieron enfatizar es que no por mor de dicha adhesión, tales derechos pasaban a ser materia estrictamente legisible de forma general y positiva por la UE, lo que ya se había estipulado insistentemente en las cláusulas horizontales de la propia Carta.

Al hilo de esa previsión expresa en cuanto a la adhesión al Convenio, se ha suscitado doctrinalmente la cuestión de si podrían firmarse otros tratados internacionales no expresamente previstos en la materia de derechos fundamentales, avalando una posición restrictiva la propia redacción del citado art. 6 y las citadas condiciones generales de la propia Carta.²⁰⁴

A lo largo de la negociación de la adhesión se ha puesto en evidencia la dificultad de tratar de mantener la arquitectura del sistema de salvaguardia de los derechos del Convenio y a la vez preservar de forma equilibrada un principio de igualdad que se

²⁰² Dicha precisión iba dirigida a impedir que pudiera interpretarse (conjuntamente con la nueva eficacia jurídica de que se dota a la CDFUE), que los Estados miembros hubieran consentido en transferir a la UE una nueva competencia propia en materia de regulación de derechos fundamentales. Se limitaba a autorizar expresamente la adhesión de la UE a un instrumento internacional en la materia y la sumisión a la jurisdicción especializada ligada al mismo.

²⁰³ “Los convencionales no pueden resistir la tentación de quitar con una mano lo que dan con la otra”. MEDINA ORTEGA, M., “La inserción de la carta en el derecho de la Unión Europea” en HERRERO DE LA FUENTE, A. (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, Fundación Rei Alfonso Henriques, Zamora, 2003. p. 82.

²⁰⁴ En sentido contrario, LINDE PANIAGUA, señala que de la propia existencia de la Carta dotada de valor jurídico ha de concluirse que la UE tras el Tratado de Lisboa tiene competencia en el orden interno en materia de derechos fundamentales por lo que también ha de tenerla en el externo pudiendo por tanto concluir en lo sucesivo tratados internacionales “con la condición de que estos afecten exclusivamente al orden interno comunitario”. Considera que el TJ incurre en una “grave contradicción al negar en la actualidad que la Unión tenga competencias para suscribir acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales, posición que solo se explica por razones extrajurídicas”. *op.cit.*, nota 150, p.43.

adaptase a las peculiaridades propias de la UE (y su muy distinta relación con los Estados miembros y terceros). La situación fáctica preexistente venía evidenciando que la UE estaba en una situación paradójica y de franca desventaja ante el TEDH ya que pese a no ser Parte contratante del CEDH (y por tanto “tercero”) ante dicha jurisdicción, en su actuación institucional y jurídica había estado (y sigue estando) subordinada al respeto al CEDH. De un lado, a tenor de lo establecido por la propia jurisprudencia del TJ (y su interpretación de los principios generales)²⁰⁵ y de otro, en tanto que, la sumisión de los Estados miembros al Convenio y al Tribunal de Estrasburgo ha conllevado indirectamente el control por parte de éste, también sobre aquellos actos de ejecución del Derecho propio (originario y derivado) de la propia UE.

La decisión de adhesión busca conciliar esa sumisión *de facto* con un verdadero status de miembro, beneficiándose de la representatividad directa en su órganos de control, accediendo al Comité de Ministros, a un Juez propio y gozando de un estatuto jurídico claro y definido como parte, lo que no es sencillo y suscita recelos de Estados terceros ante la eventual consolidación de un grupo de especial influencia en el seno del Convenio formado por la UE y sus miembros.

La adhesión, a riesgo de complicar objetivamente el panorama de tutela judicial de derechos al nivel regional europeo (y con el problema añadido de articular debidamente la relación entre el TJ y TEDH) es en todo caso exigencia de justicia material y especialmente de coherencia con la pertenencia de todos sus miembros al Consejo de Europa, evitando que por la vía indirecta del control a un Estado miembro de un acto –que pudiera ser en ejecución del derecho de la UE y plenamente coherente con el mismo– sólo el Estado demandado tuviera que responder en el ámbito internacional sin afectar a las instituciones comunitarias ni a sus socios, (si no hubieran sido solidariamente demandados) pese a su corresponsabilidad en la creación y aplicación de tal Derecho propio de la UE. Igualmente se venía constatando una cierta indefensión de la UE que, al no poder ser parte ante la jurisdicción de Estrasburgo, ha soportado el control sobre su ordenamiento, viendo cuestionada su responsabilidad en materia de eventuales vulneraciones de derechos humanos, sin contar con un Juez en dicho tribunal con experiencia y conocimientos específicos sobre el derecho de la UE, como condición imprescindible para un conocimiento integral del caso. Igualmente se han producido efectos distorsionadores, inaceptables, derivados del sistema vigente en

²⁰⁵ Y en tanto que los derechos garantizados por el CEDH ya forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE).

que los Estados miembros de la UE condenados por el TEDH se han visto en ocasiones en el dilema de cumplir el Derecho de la UE vulnerando el Convenio o viceversa²⁰⁶.

B.1. Escollos en la articulación práctica de la adhesión

Los principales problemas que han surgido en la negociación son los que ya se adivinaban, implícitos en la propia peculiaridad de la cuestión. De un lado, cuestiones relativas al eventual control por el TEDH de la PESC, el voto en el Comité de Ministros, las especialidades que han de preverse para UE como parte no estatal del Convenio, la creación de la figura del codemandado (intentando evitar que el TEDH tenga que pronunciarse sobre reparto de responsabilidad de una violación de derechos entre la UE y Estados miembros) y la propia asunción de la representación procesal de la UE, así como de los Estados miembros cuando son todos codemandados.

En cuanto al complejo tema de la legitimación, el artículo 344 del TFUE en Lisboa establece la incompatibilidad de que los Estados miembros puedan litigar contra la UE en la sede del TEDH, lo que supone una restricción para tales miembros del Convenio novedosa en el seno del mismo y no fácil de salvar. La complejidad de la materia, exigía la articulación de mecanismos de garantía de que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten en cada supuesto correctamente: contra la UE, uno o varios Estados miembros o contra ambas partes.

Todo ello, sin afectar las competencias de la UE ni el status de cada miembro en el CEDH, lo que no deja de ser extremadamente complejo. Igualmente ha de conjurarse el riesgo de una eventual intromisión del TEDH en materia del reparto competencial entre la Unión y sus Estados miembros (cuya interpretación exclusiva corresponde al TJ), a la hora de examinar la admisibilidad de las cuestiones que se susciten ante el mismo, que en ocasiones podrían exigir un pronunciamiento expreso en la materia.²⁰⁷

²⁰⁶ Vgr. STEDH de 18 de febrero de 1999, consistente en una demanda contra el RU por parte de una ciudadana de Gibraltar por la exclusión de los habitantes de aquel territorio de las elecciones al PE. (*MATTHEWS v. RU* (GS), nº 24833/94, 18 de febrero de 1999, Reports 1999-I).

²⁰⁷ A este respecto, se propuso doctrinalmente la posible instauración de una suerte de cuestión prejudicial o reenvío desde el TEDH al TJ para que sea éste quien se pronuncie previamente sobre esa materia de distribución de competencias entre la UE y sus miembros, garantizando así la exclusividad del TJ en su interpretación. También se abogaba por que la UE y los Estados miembros pudieran comparecer solidariamente como codemandados ante el TEDH. Esta tesis se ha impuesto con ciertas limitaciones (ha sido también criticado, considerando en la práctica fomentaría la confusión competencial entre UE y sus miembros, que era precisamente lo que se trataba de evitar).

Igualmente se ha desarrollado un interesante debate doctrinal en relación con el monopolio del TJ en la interpretación y depuración de su propio ordenamiento y el tema del acceso de una demanda individual al TEDH, ya que exige previo agotamiento de todos los recursos internos en la jurisdicción nacional (art. 35 CEDH). Respecto a la UE, ese agotamiento no parecía presuponer que sus Tribunales hayan dado al TJ oportunidad de pronunciarse mediante cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la disposición de la UE con el Convenio.²⁰⁸

Otra cuestión compleja surge al tratar de establecer la *paridad* de la UE con las otras partes contratantes, todas ellas Estados y en gran parte (28 de ellos) miembros de ésta. (Ello ha influido en las posturas discrepantes en materia de voto y elección de Jueces). En el mismo sentido, (en cuanto al tema de un posible trato de favor hacia la UE frente a otras partes contratantes), no parecería lógico tras la adhesión, que el TEDH diera a la UE una suerte de tratamiento privilegiado continuando su anterior jurisprudencia sobre la “protección equivalente,” presumiendo (*iuris tantum*) su conformidad con los dictados del Convenio. Es evidente que el acuerdo que haya de ser definitivamente aprobado ha de suscribirse bajo las bases de un tratamiento equitativo de todas las partes, nada sencillo atendiendo a la naturaleza no estatal de la UE y a la peculiaridad de relaciones que mantiene con los Estados miembros, revistiendo enorme

²⁰⁸ Algunos abogaban por la concesión de un plazo para que el TJUE examinar la compatibilidad de la disposición del derecho de la UE con los derechos del CEDH de la manera más rápida posible. (no aplicable en caso de demandas ya directamente dirigidas contra una norma o acto de la UE previamente impugnadas ante el TJ si hubiera sido posible, ni tampoco si ya hubo cuestión prejudicial en el curso del procedimiento nacional). Parte de la doctrina ponía de manifiesto que podría poner en entredicho el principio de cosa juzgada de las resoluciones de los TS de los Estados miembros. Esta y otras interesantes cuestiones son desarrolladas en IRURZUN MONTORO, F., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una crónica inacabada,” *Revista Española de derecho Europeo*, n. 45, 2013, Civitas, pp. 9-24. *Vid.* también, MARÍN AIS, 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”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, año 17, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2013, pp. 233-276. Efectúa un interesante análisis del “Primer proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión,” planteando dudas sobre la virtud del mecanismo finalmente recogido por ese proyecto en cuanto a la figura del “codemandado” (que permitiría al TEDH declarar la responsabilidad conjunta y subsidiaria de la UE y los Estados miembros) y ello en atención a su naturaleza facultativa (y por ende sujeto al deber de cooperación leal). Igualmente destaca las cuestiones problemáticas que suscita en materia de distribución competencial la necesidad de pronunciamiento previo del TJ para preservar la autonomía del derecho de la UE y evitar interferencias del TEDH. El autor señala que en dos supuestos claros (no introducidos en ese Proyecto), el TEDH podría distribuir la responsabilidad internacional derivada de su fallo sin atentar a la autonomía ni interferir en la distribución competencial *ad intra* de la UE. En primer lugar: cuando la violación de derechos invocada pueda residenciarse en obligación impuesta por el derecho derivado de la UE sin haber dejado alternativas a las autoridades estatales (tipo *Bosphorus*) en cuyo caso sería responsable la UE y, en segundo lugar: si la infracción dimanase en exclusiva de una disposición de derecho originario (no en su aplicación ni interpretación) en cuyo caso habría de concluirse la responsabilidad colectiva del conjunto de Estados miembros y no de la UE. (*Vid.* la STEDH recaída en: *BOSPHORUS HAVA YOLLARI TURIZM VE TICARET ANONIM SIRKETI v. Irlanda* (GS), nº 45036/98, 30 de junio de 2005, Reports 2005-VI). Y, en cuanto a la ejecutividad de los futuros fallos del TEDH, señala el autor que cuando la *restitutio in integrum* exigiera la reapertura del procedimiento ante órganos internos o revisión de un pronunciamiento judicial firme, habrá de acudir a las posibilidades de recursos *extraordinarios* a tenor de los reglamentos de procedimiento del TG y TJUE. No obstante, ha de compartirse su reflexión de que es posible que *de lege ferenda* se demuestre la necesidad de reformar el derecho originario en la materia.

complejidad su integración en este foro y jurisdicción, hasta ahora reservado a los Estados.

Resulta extremadamente revelador que el recién emitido Dictamen del Pleno del TJ (Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014)²⁰⁹ pronunciándose sobre el Acuerdo alcanzado el 5 de abril de 2013 sobre los proyectos de instrumentos de adhesión (poniendo fin a unas muy laboriosas negociaciones), haya declarado que el acuerdo no es compatible con el artículo 6.2 TUE ni con el Protocolo nº 8, suponiendo con ello un inesperado frenazo en el proceso de adhesión que previsiblemente se complicará y dilatará aún más en el tiempo. Y precisamente en sus conclusiones, el TJ evidencia cómo siguen vigentes hoy todas las dudas y la problemática inherente a la adhesión que venía planteando la doctrina, mostrándose altamente insatisfecho con la solución de consenso alcanzada durante la negociación (que la Comisión sin embargo entendía plenamente compatible con los Tratados), denunciando su incompatibilidad con el ordenamiento de la UE y sobre todo con sus propias competencias jurisdiccionales. Ello ha supuesto una inyección de pesimismo a todo el proceso de adhesión.

B.2. Y un TJ en pie de guerra. (Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014)

Dos son las cuestiones clave respecto de la futura adhesión. De un lado la nueva relación que ha de establecerse entre el ordenamiento propio de la UE (en que ya se ha incluido la Carta al máximo nivel como derecho originario) y el CEDH, una vez sea parte del mismo la UE. Y por otro, la necesaria delimitación y coordinación entre las competencias del TJ y el TEDH y el valor respectivo de sus resoluciones.

Este último Dictamen negativo del TJ sobre el Proyecto de Acuerdo alcanzado en el proceso negociador, evidencia la posición (ciertamente intransigente) de dicho Tribunal sobre ambas y cómo no está dispuesto a sacrificar un ápice su propio ámbito competencial en favor de la jurisdicción del TEDH ni tampoco a comprometer en modo alguno la armonía de la construcción derivada de los Tratados ni los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión.

Sobre la primera cuestión, resulta que el Tratado de Lisboa tras formalizar la decisión de la adhesión al CEDH, en el párrafo siguiente del mismo precepto jurídico (art.6.3) en cierta medida ya *constitucionalizaba* el Convenio (integrando los derechos

²⁰⁹ Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014. Dictamen emitido en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11.

fundamentales del CEDH en el Derecho de la Unión como principios generales). Se consagraba así la jurisprudencia del TJ en la materia bien que utilizando una fórmula ambigua. Previsiblemente, cuando se materialice la proyectada adhesión ya no podría mantenerse como tal dicho párrafo 3º, toda vez que el Convenio pasará a ser fuente directa en el ordenamiento jurídico de la UE, con valor de Tratado internacional y no sólo con el rango de “principio general”. En tal sentido, el TJ ha afirmado la prevalencia de los Tratados constitutivos sobre los acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad,²¹⁰ por lo que podrían surgir problemas por la preeminencia de la Carta como derecho originario sobre el convencional del CEDH, incluso cuando la UE sea Parte contratante del Convenio. Es obligado sin embargo, conciliar dicho precepto con el artículo 52.3 de la Carta.²¹¹ Y no será sencillo articular la nueva postura que habría de asumir el TJ.

En el referido Dictamen, analizando tal cuestión, constata el TJ que como consecuencia de la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligará a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formará parte integrante del Derecho de la Unión. La Unión, (y sus instituciones, incluido el TJ) como cualquier otra Parte contratante, quedará sujeta a un control externo sobre tales derechos y libertades reconocidos en el CEDH y en particular, a las decisiones y sentencias del TEDH. Acepta por ello que la interpretación del CEDH por el TEDH vinculará a la Unión y a todas sus instituciones y que, por otra parte, la interpretación dada por el TJ a un derecho reconocido por el CEDH no vinculará al TEDH. No obstante, precisa que no puede ocurrir lo mismo con la interpretación que haga el propio Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión, y en particular de la Carta. Y así, establece el TJ que, puesto que el CEDH otorga a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección superiores a los garantizados por dicho Convenio, es preciso garantizar la coordinación entre el CEDH y la Carta. Cuando los derechos reconocidos por la Carta se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, es preciso que la facultad otorgada a los Estados miembros por el CEDH “siga estando limitada a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”. El Tribunal de Justicia denuncia en su Dictamen que no se ha establecido disposición alguna en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación. Obviamente la garantía

²¹⁰ Dictamen emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE (caso OCDE). Dictamen 1/75 del Tribunal de Justicia, de 11 de noviembre de 1975, (ECLI: EU: C: 1975:145).

²¹¹ Que impone a los derechos de la Carta igual sentido y alcance que los del CEDH cuando correspondan a estos.

de dicha coordinación, es cuestión en extremo compleja, máxime cuando el TJ protege a ultranza su posición de supremo intérprete de la Carta.

Igualmente con ocasión de su Dictamen, el TJ se muestra disconforme con el enfoque adoptado en el Proyecto de Acuerdo, consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte contratante. Considera que ello ignora la naturaleza intrínseca de la Unión y su relación con sus Estados miembros (en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso competencial a la Unión). Considera que la adhesión (tal y como la diseña el acuerdo) podría poner en peligro el equilibrio en que se basa la UE y la autonomía de su Derecho, señalando el riesgo de que el CEDH pudiera exigir en las relaciones recíprocas entre Estados que cada Estado miembro verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de los demás Estados miembros, pese a que el Derecho de la Unión impone la *confianza mutua* entre ellos.

En tal sentido, alerta el TJ de que la competencia del TEDH tendría que estar expresamente excluida respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relacionados con la aplicación del CEDH en el marco del Derecho de la Unión. Reivindica en este punto su jurisdicción exclusiva (en relación con art. 344 TFUE). Y alerta de una posible invasión competencial por parte del TEDH en cuanto a las funciones que se le encomendarían de control de la figura del codemandado en cada caso.²¹² Según el Tribunal de Justicia, mediante este control, el TEDH se ve llamado a apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de los actos u omisiones de éstos. Rechaza permitir que el TEDH tenga esa facultad de decisión que podría vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, ya que la decisión del TEDH sería obligatoria para los Estados miembros y la UE.

En el mismo sentido, continúa con su postura decidida a proteger a ultranza su ámbito competencial frente a eventuales intromisiones del TEDH, (frente a las decisiones del proceso de negociación, avaladas por la Comisión). Y así, señala que el mecanismo consultivo instaurado por el protocolo 16 del CEDH (firmado el 2 de octubre de 2013),²¹³ en caso de adhesión, podría afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el TFUE, especialmente cuando

²¹² Matizando que precisamente la finalidad del mecanismo del codemandado es garantizar que los recursos interpuestos ante el TEDH por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos.

²¹³ Que permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos.

los derechos garantizados por la Carta se corresponden con los reconocidos por el CEDH.

En el mismo sentido al pronunciarse sobre el procedimiento de su intervención previa, insiste en el riesgo de que el TEDH pudiera terminar interpretando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, señalando que la cuestión de si el TJ ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH, únicamente puede resolverla la institución competente de la Unión, debiendo la decisión de dicha institución vincular necesariamente al TEDH. En segundo lugar, el Dictamen censura que ese procedimiento de intervención previa (previsto por el Proyecto de Acuerdo) limite su alcance a las cuestiones de validez y excluya la posibilidad de dirigirse al TJ para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del derecho derivado (considera que ello vulnera las competencias de la Unión y las atribuciones del TJ)²¹⁴.

Las precisiones de este Dictamen evidencian una postura nada ambigua del TJ, (casi diríamos francamente beligerante frente al otorgamiento de cualesquiera competencias al TEDH que pudieran interferir con las propias), en una defensa a ultranza del ordenamiento de la UE y su uniformidad, aferrándose a su monopolio interpretativo, mostrando la ardua tarea pendiente para llevar a buen término la adhesión. Incluso cuando sea realidad la misma y aunque pudieran diseñarse adecuadamente y consensuarse los mecanismos de coordinación (nada sencillos) a que hace referencia el TJ, no pueden descartarse en el futuro, importantes problemas de colisión e interpretaciones divergentes entre el TJ y el TEDH.

Y así, un determinado acto de las instituciones comunitarias o de un órgano estatal examinado por el TJ podría ser considerado válido conforme al parámetro del CEDH pero no lo sería en cuanto al plus de protección del concreto derecho descrito en la Carta, por lo que el TJ podría anularlo o evitar la vulneración por el mismo de dicho derecho pero no el TEDH (si se hubiera respetado el Convenio). Con dicha conclusión, (coherente con el principio de subsidiariedad) se refuerza la posición del TJ como supremo intérprete de su derecho originario (la Carta) pero sin embargo, podría ofrecer efectos difícilmente justificables desde el punto de vista de justicia material con el manejo en la práctica de dos estándares paralelos en el mismo ámbito regional europeo.

²¹⁴ Igualmente señala que como consecuencia de la adhesión diseñada en el Proyecto de Acuerdo, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de determinados actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del Tribunal de Justicia. (Muestra su rechazo a que el control jurisdiccional exclusivo de dichos actos, acciones u omisiones de la Unión, en lo relativo al respeto de los derechos garantizados por el CEDH se confiera a un órgano externo a la Unión).

El mismo acto podría ser considerado válido según el Convenio y sin embargo lesionar los derechos descritos en la Carta, lo que no siempre será comprensible por el litigante que no tenga acceso a la jurisdicción del TJ. En procesos penales de dimensión supranacional con Estados miembros y no miembros de la UE implicados, el escenario resultante puede ser absolutamente discordante.

El panorama global sobre la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito regional europeo aún se complica más si relacionamos tales cuestiones con los distintos estándares constitucionales manejados en cada uno de los Estados miembros.

El camino que queda por recorrer, plagado de nuevos retos es sin embargo esperanzador a largo plazo, en cuanto que permite al menos vislumbrar el diseño futuro de un sistema que aspira a la plena coherencia y seguridad jurídica en la protección jurisdiccional de derechos fundamentales a nivel europeo. Ello ha de reforzar la propia legitimidad de la UE como una organización supranacional que en su evolución progresiva hacia mayores cotas de democracia pudiera someterse sin complejos a instancias ajenas de supervisión.

C. Triple escenario de tutela judicial de derechos fundamentales en la UE

C.1 ¿Armonía o colisión entre catálogos de garantías?

Como se viene señalando, han venido coexistiendo de tres niveles de protección de derechos humanos en el ámbito europeo, a saber: la dispensada a nivel nacional por el derecho interno (generalmente por normas de rango constitucional) y en la esfera supranacional, la garantizada por diversos convenios internacionales en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo el más importante el CEDH²¹⁵ y por último, la Carta de Derechos Fundamentales para los Estados miembros de la UE.

Al estar encomendada dicha tutela a los distintos órganos judiciales propios de cada ámbito; Tribunales nacionales, (en especial Tribunales constitucionales), TEDH y TJ, se ha generado ya una problemática derivada de la interacción de los mismos que

²¹⁵ Así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el ámbito de las Naciones Unidas (PIDCP, Nueva York, 1966), *vid.* nota 31.

ha dado lugar a una profusa jurisprudencia y controversia doctrinal, cambiante y en continua revisión a la luz de las nuevas perspectivas abiertas por la nueva eficacia de la Carta y la futura adhesión de la UE al CEDH con la correlativa y muy compleja sumisión futura de aquella a la jurisdicción del TEDH.

Baste decir que, pese al progresivo acercamiento operado entre las diversas jurisdicciones, obviamente “condenadas a entenderse”, sigue siendo previsible que la superposición de ordenamientos sustancialmente similares, pero con una distinta descripción y definición de derechos fundamentales e interpretados en su ámbito respectivo de forma divergente, seguirá creando en el futuro problemas de compatibilidad que habrán de ser sorteados con el apoyo de la experiencia pretérita en la materia.²¹⁶

Y así, dos han sido principalmente los ámbitos en que se ha producido de forma directa esa colisión jurisprudencial en materia de tutela de derechos fundamentales, generándose *interferencias*. De un lado, entre la doctrina jurisprudencial del TJ y el TEDH (y anterior Comisión de Derechos Humanos) y de otro entre los pronunciamientos de los Tribunales constitucionales nacionales y el TJ.

Como se ha puesto de manifiesto al analizar la problemática inherente a la adhesión, el TJ, que opera como máximo guardián e intérprete del derecho de la UE, asumiendo funciones de Tribunal “constitucional” de la UE como máximo órgano consultivo, se muestra en la actualidad rigurosamente *proteccionista* en cuanto a su propio ámbito competencial frente a eventuales futuras invasiones por parte del TEDH que pudieran vulnerar su monopolio hermenéutico y tutelar del ordenamiento de la UE (que incluye ya el ámbito específico de las garantías procesales penales).

Sin embargo en la actual situación en que todos los miembros de la UE son parte del CEDH y sometidos por ello a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo, (aún no la UE), puede predicarse la existencia de una situación armónica y de mutua interacción entre ambas jurisdicciones, bien que no exenta de dificultades. Han sido incrementadas exponencialmente en Lisboa con la nueva eficacia de la Carta y la

²¹⁶ Los catálogos internacionales de derechos, se aceptan fácilmente como fuentes interpretativas o complementarias del Derecho Constitucional interno en la materia pero, contenga éste estándares mayores o menores que aquel, predomina casi siempre a nivel estatal la preferencia por los cánones constitucionales nacionales. No ha de olvidarse en todo caso la dificultad evidente para los operadores jurídicos (abogados y jueces nacionales) de aplicar el derecho internacional/supranacional en la materia, muchas veces desconocido y contradictorio fomenta en casos equívocos, una cómoda postergación de la perspectiva supranacional de los conflictos (omitiendo la debida invocación del ordenamiento propio de la UE (o el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJ)).

necesaria compatibilización de sus derechos y el desarrollo de los mismos por el nuevo derecho derivado en la materia junto al Convenio y doctrina jurisprudencial del TEDH.

Tradicionalmente el TEDH (y anteriormente la Comisión Europea de Derechos Humanos) han eludido de forma general pronunciarse sobre actos de aplicación del derecho de la UE, rechazándolos mediante la previa inadmisión de las correspondientes demandas por falta de legitimidad pasiva de las (entonces) Comunidades Europeas, siendo reticente como norma general el TEDH a pronunciarse sobre el fondo del asunto y evitando con ello el control directo de los actos de aquella tanto en el desarrollo de sus competencias comunitarias como en actos propios del segundo pilar.²¹⁷

Como excepción, se ha pronunciado en supuestos en que se ha demandado a un Estado miembro contra las medidas nacionales de aplicación del derecho de la UE,²¹⁸ llegando (en algunos de tales supuestos) a conocer del fondo del asunto e incluso a estimarse la demanda revisando con ello cuestiones propias del derecho de la UE bajo la óptica del CEDH, generando problemas por divergencias interpretativas y lo que algunos llegaron a calificar como una potencial “guerra de Cortes”.

Y así, antes de la existencia de la Carta (pero desplegando ya el TJ su propia jurisprudencia en materia de derechos fundamentales), ciertamente se sostuvieron interpretaciones divergentes del alcance de varios derechos²¹⁹ y también precisamente en cuanto a garantías procesales como el derecho a no declarar contra sí mismo²²⁰ y en

²¹⁷ Son Decisiones significativas del TEDH las recaídas vgr. en: *DUFAY v. las Comunidades Europeas, (y subsidiariamente contra la totalidad de sus Estados miembros e individualmente contra ellos)*, nº 13539/88, Decisión de 19 de enero de 1989 (en materia de falta de legitimación pasiva); *SOCIÉTÉ GUERIN AUTOMOBILES v. los 15 Estados de la Unión Europea*, nº 51717/99, Decisión de 4 de julio de 2000 así como en *SEGI y otros & GESTORAS PRO-AMNISTÍA y otros v. los 15 Estados de la Unión Europea*, nº 6422/02 y 9916/02, Decisión de 23 de mayo de 2002, Reports 2002-V. En éstas, para evitar dicho obstáculo también fueron demandados uno o todos los Estados miembros pese a lo cual, el TEDH siguió en la línea de eludir el control directo de actos de la UE.

²¹⁸ Vgr. SSTEDH dictadas en as. *VAN DE HURK, (VAN DE HURK vs. Países Bajos, nº16034/90, 19 de abril de 1994, Series A nº288)* y en as. *Matthews y as. Bosphorus ya citadas*. En los pronunciamientos de 2 de julio de 2002 (as. *DESMOTS*) y de 4 de octubre de 2001 (as. *CANELA SANTIAGO*), los demandantes invocaban el derecho a un juicio justo frente a decisiones judiciales nacionales de no presentar un recurso prejudicial ante el TJ, siendo tales recursos inadmitidos por el TEDH señalando que el reenvío era prerrogativa del Juez nacional. (*DESMOTS v. Francia, nº 41358/98, 2 de julio de 2002 y CANELA SANTIAGO v. España, nº 60350/00, Decisión de 4 de octubre de 2001*).

²¹⁹ Vgr. En materia de inviolabilidad de las dependencias empresariales y profesionales, de un lado, no protegidas por estatuto de inviolabilidad en as. *Hoechst, (ya citado) así como en As. Dow Chemical Iberica Y Dow Benelux* y, en sentido contrario, en as. *NIEMIETZ*. (Asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, *Dow Chemical Ibérica, SA, y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 17 de octubre de 1989, (ECLI:EU:C:1989:380); Asunto 85/87, *Dow Benelux NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 17 de octubre de 1989, (ECLI:EU:C:1989:379) y *NIEMIETZ v. Alemania, nº 13710/88, 16 de diciembre de 1992, Series A nº 251-B*).

²²⁰ SSTEDH dictadas en as. *FUNKE, SAUNDERS y MURRAY. (FUNKE v. Francia, nº 10828/84, 25 de febrero de 1993, Series A nº 256; As. SAUNDERS v. RU, (GS) nº 19187/91, 17 de diciembre de 1996, Reports 1996 VI y JOHN MURRAY v. RU (GS) nº 18731/91, 8 de febrero de 1996, Reports 1996-I)*.

cuanto a los derechos de defensa,²²¹ incluso derivando en condenas por parte del TEDH a Estados miembros declarando violaciones al Convenio por comportamientos que traían causa del derecho de la UE.²²²

Progresivamente se ha ido imponiendo en los pronunciamientos de ambos Tribunales un evidente *intento de conciliación* y coherencia entre sus diversas doctrinas²²³. Incluso evitando confrontaciones con el TEDH, el TJ ha variado en ocasiones su propia jurisprudencia inicialmente más restrictiva en cuanto a la fijación de eventuales excepciones por razones de interés general frente a las amplias libertades del Tratado (vgr en materia de derecho a libre circulación de mercancías y servicios), permitiendo a las autoridades nacionales un margen de discrecionalidad mucho mayor cuando invocaban posibles vulneraciones o lesiones de derechos fundamentales.

En la actualidad están presididas las relaciones entre ambos Tribunales europeos por un espíritu constructivo y de entendimiento mutuo. Entre el Consejo de Europa y la UE se ha desarrollado en los últimos años un acercamiento tanto formal como informal, tanto entre los miembros de los respectivos Tribunales como también a nivel funcionarial²²⁴ todo lo cual influyó sin duda en la decisión plasmada en Lisboa sobre dar rango de derecho originario al catálogo de derechos fundamentales contenido en la Carta, (con la expresa previsión de su “autovinculación” al CEDH) y de forma complementaria, dejar expedito el camino a la adhesión de la UE al Convenio y a la sumisión de aquella a la jurisprudencia del TEDH.²²⁵ Igualmente, en todas las normas de

²²¹ STEDH dictada en as. *BORGERS* el 30 de octubre de 1991. (*BORGERS v. Bélgica*, (GS) nº 12005/86, 30 de octubre de 1991, Series A nº 214-B), cuya jurisprudencia no fue acogida por Tribunal de Justicia en el as. *Emesa Sugar*. (Asunto C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV contra Aruba*. (Petición de decisión prejudicial: *Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage - Países Bajos*), STJ de 8 de febrero de 2000, (ECLI: EU: C: 2000:70).

²²² Vgr. en el citado as. *MATTHEWS* (nota 206).

²²³ Iniciado antes, vgr. en STEDH de 27 de abril de 1995 (as. *PIERMONT*) y STJ (as. *Schmidberger*). (Respectivamente: *PIERMONT v. Francia*, nº 15773/89 y 15774/89, 27 abril de 1995, Series A nº 314 y asunto C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Republik Österreich*, (Petición de decisión prejudicial: *Oberlandesgericht Innsbruck – Austria*). STJ de 12 de junio de 2003, (ECLI: EU: C: 2003:333).

²²⁴ Vgr, “memorandum of understanding between the Council of Europe and the European Union”, 10 mayo de 2007. (Disponible en http://www.coe.int/t/der/EU_en.asp; (MoU EN.pdf, última consulta 12 de abril de 2015).

²²⁵ Como señala MARTÍNEZ PÉREZ, E., en “La actualización de los derechos fundamentales en Europa: La incidencia de la Carta en la Jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, año 17, enero/abril 2013, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, (pp. 155-190): la Carta ha dado lugar a un fenómeno de “fertilización recíproco” en que, no solo por mor del art. 52 el TJ seguirá la jurisprudencia del TEDH sino que igualmente este Tribunal se ha mostrado altamente permeable a las novedades introducidas en la Carta, precisamente para actualizar y elevar el nivel protección de los derechos fundamentales, recurriendo a ella. Y así en numerosas ocasiones ha citado sus preceptos, (vgr. arts. 47, 49 y 50) para justificar cambios en su jurisprudencia o nuevos criterios hermenéuticos, utilizándola como una más de las “fuentes europeas e internacionales exógenas de inspiración jurídica del TEDH” y dando lugar a un “rejuvenecimiento” de las disposiciones del CEDH en lo que el autor califica de un “Enfoque exegético dinámico” que favorece la coherencia entre ambas instancias judiciales bien que excluyendo una uniformización irrespetuosa con las respectivas peculiaridades. Cita el autor como ejemplos varias SSTEDH, vgr. en relación al recurso al artículo 49 de la Carta sobre irretroactividad de las leyes y sanciones

derecho derivado que han sido aprobadas tras Lisboa en materia de garantías procesales, (derechos consagrados en el Convenio) el seguimiento fiel a la doctrina jurisprudencial del TEDH ha estado bien presente desde su exposición de motivos y a lo largo de su articulado.

En cuanto al otro ámbito de interacción entre Tribunales (TC de los Estados miembros y el TJ), es distinta la problemática generada en cada Estado miembro frente a la UE, toda vez que en su seno se ha modulado de distinta manera la aplicación del principio de primacía cuando han surgido eventuales conflictos entre el ordenamiento de la UE y las normas de rango constitucional interno. Algunos Estados han admitido dicho principio sin problemas pero la mayoría han establecido límites materiales al mismo, sea respecto de la totalidad del contenido de rango constitucional, sea sólo de parte del mismo -conteniendo en ese caso la regulación en materia de derechos humanos-. Los distintos estándares de protección de derechos manejados a nivel interno y europeo en tal caso dieron lugar en el pasado a dos posturas doctrinales extremas. Por un lado, la “maximalista” que exigiría que el TJ adoptase el estándar máximo de protección de derechos deducido del conjunto de ordenamientos nacionales y por otro, la “pluralista” que impondría la especificidad del estándar europeo en su propio ámbito competencial.

La tesis maximalista fue inicialmente acogida por el TJ en los años 70²²⁶ destacando que no podían admitirse medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones estatales.²²⁷ Fue una tesis difícil de sostener a efectos prácticos por lo que posteriormente el TJ acogió otra doctrina más restrictiva,²²⁸ la conocida como del “estándar mínimo” que tomaba como

penales (as. *SCOPPOLA*) y el as. *MICALLEF* relativo a derechos fundamentales de naturaleza procesal citando el TEDH el artículo 47 de la Carta (basándose en la STJ dictada en as. *Denilauler*) así como la STEDH dictada en as. *SERGUEÏ ZOLOTOUKHINE* en relación con el artículo 50, (sobre el principio *ne bis in idem*). (*SCOPPOLA v. Italia* (nº. 2) nº10249/03, 17 de septiembre de 2009; *MICALLEF v. Malta* nº 17056/06, 15 de octubre de 2009, Reports 2009; *SERGUEÏ ZOLOTOUKHINE v. Rusia* (GS) nº 14939/03, Reports 2009 y asunto 125/79, *Bernard Denilauler contra SNC Couchet Frères*, (Petición de decisión prejudicial: *Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Alemania*), STJ de 21 de mayo de 1980, (ECLI:EU:C:1980:130).

²²⁶ Sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974 y *Hauer* de 13 de diciembre de 1979. (ya citadas en nota 73).

²²⁷ Dicha tesis tuvo su apoyo en dos documentos: En primer lugar, la declaración común del PE, Consejo, de la Comisión de 5 de abril de 1977 con una referencia expresa a principios y derechos “sobre los que se basa el Derecho Constitucional de los Estados miembros” que parece aceptar el hecho de que tales derechos fundamentales resultantes de las constituciones nacionales sean competencias no transferidas a las Comunidades, aunque sí parcialmente transferidas al Consejo de Europa mediante el CEDH (del que a la fecha todos eran ya partes). En segundo lugar, la resolución del PE del 16 de noviembre de 1977 que invitaba a la Comisión a promover un acuerdo entre Estados miembros (sobre la base del art. 235 y 236 TCEE) para considerar como parte integrante de los Tratados entre otros los “derechos civiles y políticos previstos en las constituciones o legislaciones de los Estados miembros”, por lo que tácitamente se admitía que su protección y defensa no era a la fecha competencia transferida por los mismos.

²²⁸ A partir de la Sentencia *Nacional Panasonic* de 26 de junio de 1980 (asunto 136/79, *National Panasonic (UK) Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 26 de junio de 1980 (ECLI: EU: C:

fuente de inspiración de los principios generales del derecho comunitario. Dentro de esos principios era esencial el parámetro utilizado relativo a las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” que no se han identificado con el máximo resultante de la coincidencia mayoritaria de las mismas sino con la especificidad del ordenamiento comunitario y su conciliación con los ordenamientos nacionales. Llevaba a cabo una comparación crítica de los ordenamientos jurídicos, en la que también se tenían debidamente en cuenta los objetivos y tareas de la Unión Europea y el carácter especial de la integración europea y del Derecho de la Unión. Desde este punto de vista no cabía excluir que los Tribunales de la Unión identifiquen como parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE un principio general del Derecho conocido o anclado únicamente en una minoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Así cabe afirmarlo en especial cuando dicho principio general del Derecho tenga especial relevancia desde el punto de vista de las peculiaridades del Derecho de la Unión, de los objetivos y tareas de la Unión y de la actividad de sus instituciones o cuando respondiera a una tendencia que va consolidándose.²²⁹

Y así, como término medio, el TJ fue desplegando progresivamente una jurisprudencia armonizadora y conciliadora con las jurisdicciones nacionales. Cuando los diversos Estados han invocado la defensa de un derecho fundamental definido en su ordenamiento constitucional como clausula derogatoria o excepción a la aplicabilidad del derecho de la UE, el TJ ha verificado en ocasiones una suerte de control de legitimidad sobre el fundamento de tal derogación (normalmente exigiendo que tal derecho sea también reconocido por el Derecho europeo) estableciendo los criterios que habrían de manejar los jueces nacionales a la hora de examinar la proporcionalidad de su aplicación al caso concreto y su resolución.²³⁰

1980:169) y seguida en los as. *Hoechst* de 21 de septiembre de 1989, *Dow Benelux* de 17 de octubre de 1989 y *Dow Chemical Ibérica* de misma fecha, (citadas respectivamente en notas 184 y 219).

²²⁹ Conclusiones de la Abogado General Juliane KOKOTT, *vid* nota 173.

²³⁰ Interesante la reflexión al efecto de DÍAZ CREGO: “ El TJCE podría interpretar el art. 53 de la Carta como una suerte de cláusula derogatoria general que permitiría a los Estados miembros derogar las obligaciones que les impone el Derecho de la UE siempre que el cumplimiento de las mismas violara uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional: el TJCE llevaría a cabo el control de la legitimidad de la medida derogatoria asegurándose que la misma persigue garantizar el derecho fundamental reconocido en sede nacional y, una vez realizada tal comprobación, dejaría en manos nacionales la aplicación del test de proporcionalidad de la medida en línea con la jurisprudencia sentada en los casos *Omega*, *Schmidberger* o *United Pan-Europe*. Esta interpretación permitiría garantizar el estándar nacional de protección de los derechos fundamentales a la par que seguiría atribuyendo al TJCE el papel protagonista que hoy posee en la determinación de los supuestos a los que ha de aplicarse el estándar de protección de los derechos fundamentales de la UE”. (DÍAZ CREGO, M, op.cit., nota 179, p. 291). (*Vid.*, Asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, (Petición de decisión prejudicial: *Bundesverwaltungsgericht – Alemania*, STJ (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2004 (ECLI:EU:C:2004:614) y C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA, Coditel Brabant SPRL, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele), Wolu TV ASBL/Estado belga* (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État, Bélgica), STJ (Sala 3ª)

En cuanto al TC español, tradicionalmente ha exigido en relación a la pertenencia a la UE que el ordenamiento que resulta de esa cesión competencial ha de mantener la plena compatibilidad con sus “principios y valores”, siendo los derechos fundamentales reconocidos en la CE límite objetivo a la eficacia interna de ese derecho derivado de la UE.²³¹

En cuanto a su propia competencia velando por el respeto a dichos límites, el TC ha afirmado la posibilidad de control de todo acto de un poder público español en ejecución del Derecho de la UE, incluso transposición de Directivas comunitarias a través de normas con rango de ley, estatales o autonómicas con ocasión de una cuestión o recurso de inconstitucionalidad e igualmente el resto de disposiciones, actos jurídicos o vías de hecho de los poderes públicos internos en aplicación de aquel Derecho que sean objeto de un recurso de amparo.²³² Obviamente no es sin embargo competente por esta vía de amparo para verificar la adecuación a la protección constitucional interna en materia derechos fundamentales de las normas o actos de las instituciones comunitarias ni para declarar en su caso la nulidad de un Reglamento emanado de aquellas.

Respecto al ámbito del tercer pilar (en materia de Cooperación Policial y Judicial en materia Penal, -CPJP-), el TC se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la adecuación a la CE de medidas nacionales en aplicación de la DM relativa a la ODE, y en tales casos ha utilizado el estándar “nacional” de protección de derechos (no bastando una tutela “equivalente”)²³³ viniendo a exigir el respeto al “contenido esencial” de los derechos fundamentales por los poderes públicos españoles en la adopción de tales medidas.²³⁴ Ello tenía una cierta lógica atendiendo a la naturaleza peculiar de tales

de 13 de diciembre de 2007 (DO C 51 de 23 de febrero de 2008, p. 16/17) y as. *Schmidberger* ya citado en nota 223).

²³¹ No precisa el TC qué “derechos fundamentales” son los que actúan como límites, inclinándose la doctrina mayoritaria por la totalidad de los contenidos en el Título I bien que también mayoritariamente excluyendo los principios rectores de la política económica y social (es decir comprendiendo no solo el núcleo especialmente protegido de la sección 1ª capítulo II, “derechos fundamentales y libertades públicas sino también la sección 2ª, “derechos y deberes de los ciudadanos”). En todo caso, las garantías procesales estarían contenidas en ese concepto incluso en su acepción más restrictiva.

²³² Art. 27 y ss y 41 y ss de la LOTC (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, (Ref. BOE-A-1979-23709) (última actualización publicada el 5 de noviembre de 2010). (En relación a los derechos reconocidos en arts. 14 a 29 y 30.2CE).

²³³ Tradicionalmente se exigía al estándar del derecho derivado europeo un estándar “equivalente” o un nivel de protección *similar* (que no idéntico) a la garantizada en el ordenamiento interno tratando de reducir sustancialmente los ámbitos de conflicto efectivo que pudieran desencadenarse de esa suerte de “reserva nacional” en materia de derechos fundamentales.

²³⁴ Mayoritariamente resolviendo recursos de amparo, algunos de los cuales han sido estimados, aún sin llegar a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 3/2003 de 14 de marzo sobre la orden europea de detención y entrega. (STC 95/2007 de 7 de mayo, (Recurso de amparo 2555-2006), BOE núm 137, de 8 de junio de 2007; STC 99/2006 (Sala 2ª), de 27 de marzo de 2006, (Recurso de amparo 893-2005), BOE núm. 106 de 4 de mayo de 2006 y STC (Sala 2ª) 177/2006, de 5 de junio de 2006, BOE núm. 161 de 7 de julio de 2006, (Recurso de amparo 5933-2005).

instrumentos producto de un ámbito hasta ahora “extracomunitario” de dichas DM, pero exigía una lógica reconsideración a partir del nuevo escenario Lisboa y así lo ha sido tras la contundente respuesta del TJ al TC en relación a la cuestión prejudicial del asunto *Melloni*²³⁵ en que el TJ invocando el principio de primacía se ha negado a otorgar carta de naturaleza a la interpretación nacional que el TC sugería en su trascendente consulta. Expresa además la plena compatibilidad de su propia doctrina con la del TEDH en materia de derecho de defensa e implica una auténtica declaración de intenciones del TJ a favor de una defensa a ultranza de la unidad y uniformidad del ordenamiento de la UE en detrimento de versiones nacionales que puedan directa o indirectamente vulnerar el principio de primacía.²³⁶

Cada vez más tras Lisboa y pese a la intención obviamente conciliadora y flexibilizadora de sus posiciones entre Tribunales constitucionales y TJ, no puede excluirse la posibilidad de aumento de conflictos de naturaleza constitucional en el seno de los Estados miembros atendida la falta de identidad material de algunos de los derechos de la Carta y de las constituciones de aquellos, siendo por tanto posible que una norma de la UE conforme a los postulados de la Carta siga suscitando un problema de compatibilidad constitucional a nivel interno. Al efecto, son ejemplificadores tres derechos de distinto alcance en la Carta y la CE: la inviolabilidad del domicilio y secreto de comunicaciones, el derecho a la vida familiar y el principio de legalidad penal, este último de mayor relevancia al objeto de la perspectiva adoptada en este estudio.

Y en tal sentido cabe destacar que es distinta la configuración del principio de legalidad penal de la Carta (art. 49 coherente con el art.7 CEDH) y el artículo 25CE. En nuestro ordenamiento se exige la interpretación de “legislación” como norma con rango de ley, orgánica si la pena afecta a derechos o libertades del “núcleo duro” de la CE²³⁷ mientras que la interpretación del TJ y el texto de la Carta – y aplicación que habrá de hacerse a tenor del CEDH- sólo exige una previsión legal con independencia de su rango. Igualmente diverge la regulación nacional de la contenida en el artículo 49.1 de Carta ya que éste proclama *el derecho fundamental a la retroactividad de la norma*

²³⁵ Vid. entre otras, las notas 178, 182, 186 y 188, así como el desarrollo completo del tema en posterior epígrafe y con ocasión del derecho de tutela judicial efectiva en parte III.

²³⁶ La Declaración nº17 que acompaña al Tratado de Lisboa señala que “con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el derecho de los Estados miembros en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”. (La doctrina ha lamentado que no se haya introducido una referencia expresa a la misma en su articulado).

²³⁷ (sección 1ª, capítulo II, Título I). Vid., STC (Pleno) 25/1984, de 23 de febrero de 1984, (Cuestión de inconstitucionalidad 333-1983), BOE núm. 59 de 9 de marzo de 1984 y STC (Pleno) 140/1986, de 11 de noviembre de 1986, (Recurso de amparo 338-1985), BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 1986.

sancionadora más favorable, mientras que el TC lo excluye como tal y sólo lo reconoce como *principio* rector del ordenamiento jurídico.²³⁸

No puede dejar de notarse que, puesto que la Carta se elaboró teniendo bien en cuenta el bagaje jurídico del CEDH y la doctrina del TEDH, en este ámbito propio de las garantías penales previsiblemente serán más frecuentes las divergencias entre los TC nacionales y el TJ que entre éste y el TEDH. Sin duda alguna ello contribuye a consolidar una tendencia hermenéutica netamente europea en materia de derechos fundamentales procesales que coadyuva de forma indirecta a la uniformización del proceso penal desde dicha óptica supranacional.

Y en este nuevo escenario que viene a propiciar ámbitos globales de solución de conflictos en el marco regional europeo, subyace la tensión entre un TJ competencialmente fuerte y decidido a impedir lesiones en cuanto al reconocimiento del efecto directo, la primacía y la responsabilidad en la aplicación del ordenamiento propio de la Unión Europea y en dirección opuesta, la eterna renuencia de los Estados a ver limitadas sus competencias en materia procesal penal y muy especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales procesales. No deja de apreciarse una cierta soberbia nacional en el tratamiento constitucional, legislativo, y jurisprudencial en materia de tutela de derechos en que si bien se aceptan las instancias supranacionales de control o tutela, raras veces se dota eficazmente de directa y plena ejecutividad a sus resoluciones.²³⁹

²³⁸ En cuanto a la interpretación del TEDH sobre el derecho a la *legalidad penal*, es muy reveladora (por la polémica que ha suscitado en nuestro país) la desarrollada con ocasión de la citada STEDH de 10 de julio de 2012, (as. *Del Rio Prada vs. España*, nº 42750/09) (y ratificada por Sentencia de la Gran Sala de 21 de octubre de 2013), en que se estimaba la demanda contra España, concluyendo que la nueva interpretación jurisprudencial española (la controvertida *doctrina Parot*), prolonga con carácter retroactivo la condena y vulnera el derecho a la legalidad consagrado en artículo 7 CEDH y el artículo 5.1 CEDH (derecho a la libertad). En dicho pronunciamiento, el TEDH extiende las garantías del derecho a la legalidad penal a la decisión sobre cómputo de redención de pena por trabajos en caso penas acumuladas, aunque se adopte en fase de ejecución y declara que la aplicación retroactiva en este caso decisiones jurisprudenciales es contraria a dicho derecho fundamental. Es muy interesante que bajo el término genérico "*Law*," el TEDH haga referencia al derecho de origen legislativo y *jurisprudencial*, implicando condiciones cualitativas: accesibilidad y previsibilidad, también exigibles al cambio de la misma. (La jurisprudencia *complementa* el contenido de la ley penal, por lo que ha de ser sometida a mismas exigencias de previsibilidad e irretroactividad *in peius* que la propia ley penal. (labor de complemento normativo de la jurisprudencia). (STEDH citada en nota 196). Sobre este tema, muy interesante el artículo de ALCACER GUIRAO, R., "La doctrina Parot ante Estrasburgo: Del Rio Prada C.España (STEDH 10.7.2012, nº 42750/09) consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH," *Revista de derecho comunitario europeo*, nº 43 año 16, Madrid, 2012, Centro de estudios políticos y constitucionales, pp. 929-952.

²³⁹ Ha de partirse del presupuesto de que la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal General (anteriormente denominado "de Primera Instancia") es obligatoria, teniendo sus decisiones eficacia directa frente a sus destinatarios. Por ello no cabe duda que poseen plena fuerza ejecutiva en cada Estado miembro, estando sometidas a la legislación procesal nacional propia sin más control adicional en el mismo que la comprobación de la autenticidad del título por el Juez nacional. No se plantean problemas prácticos en cuanto a la ejecutividad de sentencias condenatorias de naturaleza pecuniaria, pero sí surgen determinadas cuestiones más complejas en lo relativo al ámbito de eventuales condenas a Estados o

De lege ferenda, un sector doctrinal venía abogando por la necesidad de arbitrar nuevos cauces procesales, abiertos a los ciudadanos europeos para impetrar ante el TJ el efectivo cumplimiento de los derechos de la Carta, incluso mediante un recurso autónomo similar al de amparo. Sin embargo, no puede olvidarse el riesgo de colapso que ello podría conllevar así como la eventual duplicidad procedimental (en sedes nacionales y europeas) que se agravaría con la formalización de la adhesión de la UE al CEDH, con el inherente riesgo de divergencias interpretativas a tres niveles, por lo que parece más razonable que cualquier reforma en la materia parta del análisis y maduración de la experiencia derivada del camino ya emprendido a partir de Lisboa y muy especialmente desde el momento en que finalmente se someta la UE a la jurisdicción del TEDH.

A tal efecto será revelador esperar a la transposición en los Estados miembros de las Directivas (ya aprobadas y de las pendientes de aprobación) en materia de garantías procesales, derechos de las víctimas y materia probatoria para realizar un efectivo análisis de la práctica judicial (nacional y europea), que surja de su aplicación. El panorama se adivina extremadamente complejo pero igualmente prometedor.

C.2. EL TJ como Tribunal “Supremo” y “Constitucional”. Protegiendo el territorio: La importancia creciente de la cuestión prejudicial

Se viene predicando del TJ su aproximación a la figura de un Tribunal Supremo en un sistema federal y su asunción igualmente de funciones de “Tribunal Constitucional”. Subraya la doctrina más autorizada ²⁴⁰que a partir de las distintas técnicas de integración en que está basado el sistema europeo de Derecho Penal (la armonización del Derecho Penal sustantivo y procesal, el reconocimiento mutuo y los principios de primacía, efecto directo e interpretación conforme del Derecho Penal nacional), se ha desarrollado en dos décadas un modelo de Derecho Penal supranacional que se corresponde más con los sistemas federales de justicia penal que con los sistemas de cooperación judicial clásicos.

instituciones por violación de los derechos contenidos en la Carta. En todo caso, resulta esencial dar solución a la cuestión de la plena ejecutividad de las sentencias en esta materia. La experiencia habrá en todo caso, de apuntar *de lege ferenda* la posibilidad de instaurar nuevos cauces procesales al efecto, en aras a que los particulares puedan obtener una restitución integral de sus derechos derivada de una eventual sentencia favorable.

²⁴⁰ NIETO MARTÍN, *op.cit.*, nota 33. “Y, en el mismo sentido, SIEBER, *op.cit.*, nota 15.

En cuanto a la fijación del efectivo alcance de los derechos fundamentales procesales recogidos en la Carta y regulados por el derecho derivado en pleno desarrollo, la cuestión prejudicial se revela como un instrumento esencial para dotar de coherencia y homogeneidad a una suerte de nuevo Derecho Procesal Penal común que va configurándose progresivamente. Y así, se ha señalado cómo inicialmente en el diseño original de los Tratados no se preveía un Tribunal de Justicia con funciones de Tribunal Supremo respecto de los Tribunales de los Estados miembros ni se estableció una relación de superioridad jerárquica respecto de los mismos. Sin embargo, a través del desarrollo de la doctrina derivada de las cuestiones prejudiciales y la adopción de un sistema de vinculación al precedente, fue progresivamente configurándose *de facto* dicho papel en que el TJ fue contribuyendo a una interpretación armónica y uniforme del ordenamiento de la UE erigiéndose en máximo intérprete del mismo, dotándole de la necesaria seguridad jurídica.²⁴¹

Precisamente han sido importantes los pronunciamientos con ocasión del reenvío en las materias *penales* del primer pilar, a través de las que TJ ha declarado incompatible un determinado tipo penal nacional con normas europeas o principios como el de *proporcionalidad* (denominados “efectos negativos” del derecho de la UE sobre el Derecho Penal). Asimismo estableciendo qué interpretación del Derecho Penal nacional era más armónica con el derecho europeo a través del principio de *interpretación conforme* al derecho comunitario e incluso en el ámbito del *tercer pilar* (antiguo art 35 TUE).²⁴²

Sin embargo, otros aspectos de la cuestión prejudicial han sido merecedores de censura doctrinal. Resulta un instrumento tardío y poco operativo en el ámbito del proceso penal (sobre todo durante la instrucción), difícilmente conciliable con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sin que sea previsible un resultado demasiado eficaz de la puesta en marcha del procedimiento de urgencia, (inicialmente restringido a situaciones con personas privadas de libertad). El Juez de Instrucción o eventual “Juez de libertades o garantías” en la práctica no podría paralizar fácilmente una decisión

²⁴¹ Es muy interesante el desarrollo del tema por NIETO MARTÍN, *op.cit.*, nota 33 en que señala el autor al efecto, la relevancia de la “Doctrina del acto claro” instaurada en 1963 (inspirada en el *case law* o sistema del precedente judicial) y en la doctrina *Cilfit*, que a decir del autor “refuerza la verticalidad a través de la doctrina del acto aclarado”. Niega la posibilidad de recurso en cuestiones de hecho no idénticas si la de derecho está suficientemente clara, restringiendo las posibilidades de plantear cuestiones prejudiciales a los tribunales nacionales y ofreciendo un pleno control al TJ sobre el desarrollo de su política judicial. (Doctrina creada a partir del asunto 283/81, *Sr. CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA contra Ministero della Sanità. (Petición de decisión prejudicial: Corte suprema di Cassazione – Italia)*, STJ de 6 de octubre de 1982 (ECLI: EU: C: 1982:335).

²⁴² Con Sentencias tan relevantes como la ya citada recaída en as. *Pupino* así como la elaboración jurisprudencial de *ne bis in idem*, entre otros.

sobre una solicitud de diligencias probatorias restrictivas de derechos o medidas cautelares (vgr. intervenciones telefónicas, registros o prisión provisional), sobre la base de una duda sobre el alcance o vigencia de un tipo penal o la concurrencia de eventuales incompatibilidades o “interferencias” con el Derecho europeo, ya que podría comprometer definitivamente el material probatorio de la instrucción. En el mismo sentido, ha de reprocharse la no obligatoriedad de su planteamiento (que en ocasiones se revelaría esencial en el ámbito penal si la interpretación dubitada fuera *pro reo*), así como la ausencia de concreción en los pronunciamientos del TJ (que aún permiten mucho margen de discrecionalidad nacional).²⁴³

En ocasiones no bastará con plantear la cuestión. Si una norma penal sufre “doble crisis de validez” (supranacional y nacional), el planteamiento de la misma no será un mecanismo enteramente satisfactorio ya que el Juez ordinario podría adicionalmente necesitar la respuesta también de su TC nacional. En supuestos de doble duda de la llamada “legitimidad derivada y por impacto,”²⁴⁴ las decisiones de ambos Tribunales (TJ y TC), están además recíprocamente condicionadas. Una contradicción de ambos en lo que concierne a la compatibilidad de una norma penal con un derecho fundamental resultaría disfuncional para el sistema de derechos fundamentales.

C.3. ¿Escenario de paz entre Tribunales? Por fin diálogo

Precisamente la principal virtud de la cuestión prejudicial consiste en ser el principal instrumento para articular el necesario “diálogo” entre Tribunales como única forma viable de interacción entre los mismos y superación de eventuales colisiones entre

²⁴³ Vid. desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva (parte III).

²⁴⁴ Y siguiendo la terminología de NIETO MARTÍN (*op.cit.*, nota 33) señala de forma sugerente el autor la necesidad de respetar el principio de “determinación penal” y propone que TJ asuma jurisprudencia del TEDH relativa al principio de *previsibilidad* (art. 7 CEDH) ofreciendo respuestas claras por mucho que suponga restringir la capacidad de maniobra del Juez nacional y de facto convertirse en Juez del caso. Distingue los tipos de duda que pueden plantearse ante el Juez penal nacional: Puede surgir doble duda de *legitimidad derivada* (si la duda procede de norma UE que induce la inconstitucionalidad de la nacional) o doble duda de *legitimidad directa* (en que la norma nacional es contraria al derecho interno y supranacional sin que su contrariedad proceda de la normativa europea) o doble duda de *legitimidad por impacto* (un precepto penal nacional legítimo plantea a posteriori problemas de constitucionalidad internos como consecuencia del impacto del derecho de la UE). Para los supuestos de *doble duda de legitimidad derivada y por impacto* propone que Juez interno la traspase al TC y a su vez este plantee cuestión prejudicial al TJ. Planteada *cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, esta debería esperar a la decisión del TJ para decidir a partir de la misma*. (No en caso duda de legitimidad directa en que el Juez nacional habría de utilizar la cuestión prejudicial de forma subsidiaria a la cuestión de constitucionalidad).

los ordenamientos propios de cada uno. Unánimemente, la doctrina ha abogado por dicho cauce y precisamente criticando la tradicional negativa del TC español a plantear una cuestión prejudicial al TJ.²⁴⁵ Superada dicha inicial reticencia, el TC español por primera vez y como novedad ha planteado recientemente de oficio su primera cuestión prejudicial ante el TJUE, (asunto *Melloni*), precisamente en relación con las garantías procesales del condenado en ausencia en el marco de la orden europea de detención y entrega.²⁴⁶

Sin perjuicio de la importancia que ha tenido su resolución no solo sobre la interpretación de la Decisión Marco 2009/299/JAI, (que incide concretamente en las garantías procesales de los imputados en cuanto a los condenados en ausencia) sino sobre la debida interpretación de los artículos 47 y 48 de la CDFUE y el artículo 53, (precisamente la cláusula horizontal de la Carta más debatida doctrinalmente), ha de destacarse la importancia del giro dado por el propio TC *apostando* por ese largamente anhelado, diálogo interjurisdiccional con el TJ.²⁴⁷

Y en este proceso de interacción entre Tribunales precisamente el protagonismo del TJ es creciente (tras reforzar sus funciones en esta materia penal) y su asunción

²⁴⁵Vid. GORDILLO PÉREZ, L.I., “Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa. La incorporación de la UE al CEDH”, *Revista española de Derecho europeo (REDE)* 38, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 203-04.

²⁴⁶ Con ocasión de la interposición del ya citado Recurso de amparo contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó la entrega del demandante a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta por el Tribunal de Ferrara. (Vid. notas 186 y 187). Dicho Auto 86/2011 de 9 de junio en realidad planteaba varias cuestiones en enunciados subsidiarios: “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?”; “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?”

²⁴⁷ El propio Magistrado D. Pablo Pérez Tremps en su voto particular (pese a considerar innecesaria desde el punto de vista material la consulta), alaba la iniciativa, con las siguientes manifestaciones: “debo manifestar mi satisfacción y mi acuerdo con el hecho novedoso de que el Tribunal Constitucional español se sume a ese proceso jurídico que se ha denominado el “diálogo de los tribunales” o “diálogo judicial europeo”. Con la decisión de plantear esta cuestión prejudicial, el Tribunal se separa de su tradicional posición en la que, basándose en una, a mi juicio, incorrecta comprensión de las relaciones entre los ordenamientos estatal y comunitario y en una también incorrecta comprensión de las relaciones entre los respectivos órganos supremos de garantía, Tribunal de Justicia y Tribunal Constitucional, negó explícita (STC 28/1991, de 14 de febrero) o implícitamente la posibilidad misma de acudir a este mecanismo prejudicial. Por tanto, respecto de este aspecto de la decisión no solo no discrepo sino que reitero mi plena satisfacción y acuerdo”.

decidida en cuanto al ejercicio efectivo de su competencia como *intérprete supremo* del ordenamiento de la UE y garante de su unidad y uniformidad. Se pone de manifiesto que en la actualidad sostiene una “postura activa en la redefinición de las relaciones interordinamentales”, no solo respecto al CEDH y constituciones nacionales sino incluso en relación al derecho internacional en materia de derechos fundamentales incluso asumiendo un cierto control de sanciones impuestas en el seno de Naciones Unidas y asumiendo un papel central en la esfera supranacional.²⁴⁸

Precisamente para arbitrar esa actuación necesariamente coordinada entre todos los Tribunales competentes en el ámbito europeo a los efectos de pronunciarse sobre el contenido y límites de los derechos fundamentales (o analizando la eventual vulneración de los mismos en el seno del proceso penal), se ha señalado que el modelo dialogado aún en construcción, sería una suerte de *tertium genus* entre un modelo vertical o jerárquico y otro horizontal o igualitario. Utiliza dicho modelo tipos de decisión judicial que dejan espacios de autonomía para el otro Tribunal (como el margen de apreciación nacional) generando resoluciones judiciales dialogantes en que se reconoce al otro tribunal como interlocutor válido para interpretar un precepto, pudiendo así acomodarse las líneas jurisprudenciales para evitar conflictos.²⁴⁹ Ese *modelo dialogado*,

²⁴⁸ Vid. GORDILLO PÉREZ, L.I., *op.cit.*, nota 245, (pp. 203-4). Señala el autor: “todo ello en un contexto en que la UE todavía está pensando en “qué quiere ser de mayor” en que sin embargo, “lejos de ser un tribunal de bajo perfil (“escondido en el país de las hadas”) el TJUE tiene cada vez más claro su papel de máximo tribunal de un ordenamiento constitucional en constante interrelación con otros sistemas jurídicos afines. “Parece lanzar el mensaje de que, en ausencia de una intervención del poder político que establezca unos cauces mínimos para la resolución de conflictos entre ordenamientos, él mismo intervendrá forzando su *kompetenz* si es necesario para salvaguardar el Derecho de la UE y su coherencia en el contexto actual de progresiva fragmentación del ordenamiento internacional”. Cita el caso *Melki* sobre compatibilidad de la cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa con el derecho de la UE. Afirma que la no adecuación de los órganos sancionadores de la ONU a los estándares de protección comunitarios obliga al TJ a reservarse la posibilidad de controlar dichas sanciones (doctrina *Kadi*) so pena de que algún tribunal nacional esté tentado de hacerlo para proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos, pero al hacerlo rompa así la aplicación uniforme del derecho comunitario. (Reafirmando el carácter constitucional del ordenamiento de la UE rompe “...con su tradicional doctrina de sumisión al Derecho Internacional sin ambages” reafirmando su monopolio de interpretación del Derecho de la UE. (Vid. Asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10. *Aziz Melki (C-188/10)* y *Sélim Abdeli (C-189/10)*, (*Peticiones de decisión prejudicial: Cour de cassation – Francia*), STJ (GS) de 22 de junio de 2010. (ECLI: EU: C: 2010:363).

²⁴⁹ Y así en NIETO MARTÍN, A., (*op.cit.*, nota 33), al desarrollar su concepción de los modelos de organización judicial básicos, distingue entre el modelo jerárquico (a que se acomodarían las funciones del TJ en cuanto a TS federal garantizando la unidad del ordenamiento europeo y el horizontal o cooperativo, que correspondería a sus funciones como Juez constitucional dotando de contenido a los derechos fundamentales o delimitando competencias entre Estados y la UE y como eventual Juez de libertades o tribunal de apelación (en un marco futuro de posibilidades abiertas por el desarrollo del principio *ne bis in idem* o con la aparición del Fiscal Europeo), decidiendo sobre un conflicto de jurisdicción entre Estados o sobre la pertinencia de una medida de investigación o cautelar adoptada en marco de proceso penal. Y distingue en el jerárquico la situación de *superioridad* que supondría un control de calidad según los parámetros del propio ordenamiento y en el horizontal (basado en *igualdad*) habría de regularse la cooperación judicial y determinar si y en qué medida ha de darse validez a la resolución de otro tribunal (principalmente mediante el reconocimiento mutuo en que el “control de calidad” de la otra decisión judicial es mínimo, ya que parte de otorgar eficacia directa a la resolución judicial ajena). Y como variante novedosa de este modelo horizontal (operativa entre jueces supranacionales: TJ y TEDH, CPI), existirían criterios de relación tan novedosos como el criterio de equivalencia que supone un control de calidad “global” sobre la conformidad de un sistema jurídico con los principios garantistas más básicos. Precisamente para regular las difíciles relaciones entre TJ, TC nacionales y TEDH como tercer modelo aun por construir propugna

precisamente se presenta con rasgos de especial idoneidad para coordinar la acción del TJ en relación con los Estados miembros y sus TC, cuya salvaguarda de los derechos fundamentales en relación con las normas penales europeas habría de quedar eventualmente restringida a los importantes reductos de discrecionalidad legislativa nacional aun permitidos por la incompleta armonización de esta materia.²⁵⁰

Siguiendo una tradición firmemente garantista, progresista y valientemente innovadora en materia de defensa de derechos fundamentales, la actual posición del TJ (a tenor de sus últimas resoluciones) evidencia que en este nuevo escenario de competencias reforzadas tras Lisboa, no sólo mantiene dicho Tribunal sino que relanza su firme determinación a “defender su territorio” aferrándose a su monopolio interpretativo y tutelar de la unidad y primacía del ordenamiento del UE del que ya no pueden ser desvinculadas las garantías procesales penales. Y así, huyendo de intromisiones actuales, (reales o sugeridas) de los TC nacionales (Sentencia *Melloni*) o incluso eventuales o futuras, (Dictamen en relación al acuerdo de adhesión al CEDH) y asumiendo una interpretación expansiva de su propio ámbito competencial en la materia (Sentencia *Åkerberg*), no viene sino a evidenciar una resistencia férrea frente a cualesquiera intentos de sustraerse a su jurisdicción.

Pero este renovado protagonismo no ha de ser confundido con una suerte de soberbia en sus relaciones con los otros ordenamientos nacionales o internacionales y con las otras instancias jurisdiccionales con las que ha de concurrir. Bien al contrario, parece obvio que la vía del diálogo ha de presidir las relaciones tanto entre TJ y TC como entre TJ y TEDH, interactuando en el panorama europeo desde un punto de vista constructivo (y recíprocamente enriquecedor) evitando áreas de conflicto y superando las frecuentes colisiones entre ordenamientos e interpretaciones discordantes que ya han surgido²⁵¹.

ese “modelo dialogado” variante del horizontal. También destaca como modelo de cooperación informal para evitar conflictos la “posible operatividad del pluralismo” (“relación cooperativa, interactiva y nada jerárquica entre TC y TJ que respeta la identidad de cada ordenamiento, nueva forma de *check and balances*, relaciones entre jueces no gobernadas por normas sino por políticas judiciales. No jerarquía sino heterarquía, acomodando mutuamente su jurisprudencia en forma evolutiva, negociando y no imponiendo sino comprendiendo peculiaridades de cada ordenamiento (...). Enraíza ese modelo de legitimación con el propio discurso de HABERMAS”, (NIETO MARTÍN, A., *op.cit.*, nota 33, p.175). (Con reglas de argumentación o decisión como universalismo, margen de apreciación nacional y aproximación evolutiva).

²⁵⁰ También recoge el interesante el sistema propugnado por DELMAS- MARTY como *pluralisme ordonné* (sistema que combina diálogo como forma de organización judicial y jerarquía como forma de relación entre normas) (NIETO MARTÍN, A., *ibíd.*).

²⁵¹ “Harán falta nuevas reglas de procedimiento y mucha mentalidad dialogística, escribir las sentencias en diálogo continuado con otros tribunales y no en *disputatio*, tanto como dosis adecuadas de autocontrol o *self-restraint*. Y es previsible el riesgo de dilaciones estructurales indebidas fruto de los sucesivos recursos (...) tanto como el de contradicciones, pues acaso sean demasiadas decisiones por parte de distintos sujetos (...) así como unas fuentes de conocimiento inabarcables para el jurista por su número y extensión, lo que puede acabar por mermar la eficacia de cualquier interpretación constitucional”. (GARCÍA ROCA,

Ha de reseñarse cómo el Juez de Instrucción nacional se enfrenta (en su más solitaria función ante el caso concreto y casi siempre bajo imperativos de urgencia en su decisión) a una situación de “vértigo” ante un panorama de “arenas movedizas” desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial, con pluralidad de fuentes e interpretaciones jurisprudenciales no siempre coincidentes ni coherentes entre sí y progresivamente cambiantes. Lejos de ser motivo de confusión o desánimo ha de ser motor de un mayor dinamismo y libertad hermenéutica para la efectiva adecuación de la instrucción penal a la creciente delincuencia transfronteriza, mientras se construye un auténtico proceso europeo, cuyas posibilidades en materia de salvaguarda de garantías se revela ilimitada.

op. cit., nota 65, p.56). Y se pregunta el autor, “¿Podrá gobernarse así el lenguaje de los derechos europeos? Puestos a ser positivos, la concurrencia impedirá que los Tribunales Constitucionales nacionales se encierren y enquisten en sus monólogos”.

Parte III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES EN EL DERECHO DE LA UE. PERFILANDO LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LAS GARANTÍAS PENALES EN SEDE DE INSTRUCCIÓN

Verificado ya un análisis desde una perspectiva global del régimen de garantías penales en la UE antes y después de Lisboa, afronta esta última parte del estudio el desarrollo individualizado relativo a cada uno de los derechos fundamentales procesales de mayor relevancia en sede de instrucción penal, de suerte que pueda efectuarse una valoración pormenorizada del estado de la cuestión en el momento actual, con referencias concretas y pormenorizadas en relación a cada una de las garantías.

Tras unas necesarias consideraciones generales terminológicas y sistemáticas justificando la selección y orden de exposición de las garantías penales objeto de este estudio, será acometido el desarrollo pormenorizado del sentido y alcance actual cada una, atendiendo a su mayor o menor “europeización” sea por vía legislativa o de construcción jurisprudencial.

Comenzará el análisis por el nuclear “derecho de defensa” en sentido amplio, englobando numerosas garantías interconectadas con el mismo (derecho a la interpretación y traducción, derecho a la información, otros derechos preparatorios, derecho a la autodefensa, derecho de asistencia jurídica gratuita, *nemo tenetur*, derecho a la asistencia letrada y derechos específicos del detenido y del reclamado por una ODE). Con ocasión de los mismos, se examinarán críticamente las primeras Directivas aprobadas y Propuestas legislativas en vigor.

A continuación, se analizarán las garantías probatorias, (y la Directiva que insta una Orden Europea de Investigación), el derecho a la presunción de inocencia, y el principio *ne bis in ídem*, culminando la exposición con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial.

Habrà de examinarse el alcance actual de cada uno de tales derechos para perfilar su eventual dimensión europea, tal y como resulte en su caso de su consagración en la Carta y desarrollo legislativo actual o futuro, sin olvidar la construcción jurisprudencial propia del TJ o en su caso del TEDH. Habrán de ser analizadas las nuevas normas europeas recientemente aprobadas y en vías de aprobación y sus posibilidades tutelares, todo ello desde un enfoque crítico que permita la elaboración de efectivas propuestas *de lege ferenda* relativas a su posterior implementación en los Estados miembros (incluyendo una visión crítica del proceso de transposición ya iniciado en nuestro entorno nacional).

Resulta esencial la puesta en relación de tales extremos con la evolución del tratamiento jurídico tanto legislativo como jurisprudencial de tales derechos desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español y muy especialmente de las funciones

tuitivas desarrolladas por el Juez de Instrucción en nuestro entorno. Sólo así podrán ser analizados los nuevos retos a que se enfrenta el mismo en su calidad de Juez “europeo” y las renovadas facultades que del desarrollo de dicha dimensión europea de garantías podrían derivar. Analizadas así, cada una de dichas garantías tras haber sido diseñado el contexto global de interacción entre el ordenamiento jurídico de la UE y el nacional y el preceptivo diálogo entre Tribunales nacionales y europeos, podría responderse afirmativamente a la cuestión, (esta vez desde la óptica inherente a la valoración sobre el verdadero cumplimiento del Programa de Estocolmo y la efectiva praxis judicial), de si está construyéndose un verdadero escenario europeo tutelar de derechos fundamentales procesales que derive en un protagonismo crecientemente garantista de la labor encomendada al Juez nacional en el seno de la instrucción penal.

1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES: *SU DIMENSIÓN EUROPEA*

La instrucción penal se enfrenta a un novedoso y cambiante panorama en materia de garantías procesales. Superada la etapa en que parecía monopolizada su regulación por los legisladores nacionales así como la interpretación de sus normas procesales y constitucionales por sus propios Tribunales, con el activo concurso, eso sí, de la doctrina pretendidamente unificadora emanada del TEDH (poniendo de manifiesto en la esfera europea las continuas deficiencias y vulneraciones de tales derechos fundamentales en los distintos procesos nacionales), afronta la UE un renovado protagonismo en esta materia. Se ha visto impulsado tras el Tratado de Lisboa, la eficacia jurídica de la CDFUE, la proyectada adhesión de la UE al CEDH y el decidido ejercicio de las grandes posibilidades legislativas armonizadoras en materia procesal penal que, en complemento con la decidida apuesta por el principio de reconocimiento mutuo, van asentando los primeros cimientos de un auténtico ELSJ.

Nótese la importancia de los intentos de introducir (con mayor o menor fortuna) ciertos “mecanismos de garantía” en las cláusulas horizontales del Título VII de la Carta, que tratan de blindar a la misma frente a toda suerte de retroceso y cómo las Directivas que han sido dictadas en los últimos cinco años, precisamente desarrollando los derechos fundamentales recogidos en el Título VI (“Justicia”) han incluido expresamente una cláusula de no regresión. La positivación de estos derechos fundamentales penales supone ya una vinculante tarea para las instituciones europeas y también para

legisladores y Tribunales nacionales en un ámbito dinámico propio de un cambiante escenario supranacional, cuyo sustrato común ha de consolidarse a partir de una aproximación “de mínimos,” como firme cimentación de una construcción afrontada ya en común hacia el futuro, con grandes posibilidades de expansión hacia un auténtico Derecho Penal Europeo también como base de un nuevo entramado político jurídico, sólo legitimado sobre la base de un pleno respeto a los derechos humanos.

El Juez de Instrucción, (o en su caso, un futuro *Juez de garantías*, como figura esbozada en las reformas en curso en nuestro ordenamiento procesal, que pretende otorgar el protagonismo de la investigación instructora al MF), se enfrenta a un escenario europeo de innumerables y cambiantes matices que exige una rigurosa y amplia comprensión de una *nueva dimensión de los derechos fundamentales procesales*. De un lado, ha de conocer la efectiva extensión y límites de los mismos para garantizar su tutela y prevenir su vulneración (mediante un complejo estudio de la doctrina y jurisprudencia nacional), pero adicionalmente y con carácter vinculante, ha de asumir la interpretación de los mismos ofrecida por el TEDH (en diálogo con el propio TJ en cuanto supremo intérprete de la Carta, dotada de eficacia jurídica directa en el ámbito del Derecho de la UE e incluso trascendiendo a aquel), asumiendo una labor hermenéutica dinámica y evolutiva en coherencia con las exigencias de una sociedad transnacional europea crecientemente globalizada.

Las posibilidades desde una perspectiva dogmática, exegética y práctica son enormes (y no siempre correlativas a su efectivo ámbito de discrecionalidad) y el camino no exento de dificultades. A ello se suma la complejidad derivada de la irrupción progresiva de nuevos instrumentos legislativos vinculantes (Directivas) que a su vez exigen una labor legislativa de adecuada y armoniosa transposición nacional. El marco procesal preexistente a nivel nacional ha de ser preservado, bien que completándose en esta *dimensión europea* el ordenamiento de los Estados miembros, ofreciendo nuevas posibilidades a las autoridades judiciales en la concreta salvaguarda o tutela de tales derechos fundamentales en cumplimiento íntegro de la función que les ha sido encomendada.

Tutela de garantías procesales que, como se ha señalado anteriormente, lejos de haberse convertido en un presupuesto necesario pero “sobreentendido” en el ámbito del proceso penal actual de un Estado de Derecho, adquiere precisamente una nueva dimensión en esta *europeización progresiva* del mismo, siendo reclamada con mayor rigor precisamente como justo contrapeso al principio de seguridad (que a su vez anima

la construcción del ELSJ y se encuentra en el fundamento de la mayoría del Derecho Penal sustantivo de dimensión supranacional).

No es este el lugar ni es el objetivo de este estudio afrontar un análisis dogmático en profundidad de las garantías procesales, que ya han sido objeto de valiosos e innumerables estudios doctrinales y enriquecedores (y por qué no decirlo) también en ocasiones muy contradictorios, pronunciamientos jurisprudenciales tanto en sede nacional (por parte del TS y TC en nuestro ámbito) como europea, muy especialmente dimanante del TEDH y en menor medida en un principio, pero aumentando progresivamente su trascendencia, del TJ. Ya desde los primeros tiempos *comunitarios* haciendo valer su defensa pretoriana de los derechos fundamentales cuando se entendían incluso “ajenos” a su ámbito competencial y luego, decididamente tras el Tratado de Lisboa y la entrada en vigor de la Carta, como intérprete auténtico de los derechos consagrados en la misma y desarrollando hoy una auténtica labor de Tribunal *constitucional* al respecto.

Es imperativo sin embargo afrontar un análisis individualizado y detallado de los principales *derechos fundamentales procesales* penales o *garantías*, bien entendido que ha de circunscribirse a los que se consideran más representativos desde la óptica de este estudio, es decir, tomando como eje la tutela de los derechos concernidos durante la fase “instructora” del proceso penal y en esa dimensión propiamente europea derivada del desarrollo en la materia del derecho originario y derivado de la UE. Bajo tal perspectiva en continua evolución, procede examinar el actual escenario europeo de los meritados derechos fundamentales procesales y los cambios que se están produciendo en el mismo en una doble dimensión legislativa y jurisprudencial (desde ese triple ámbito de tutela existente en el plano europeo), siempre desde la perspectiva del sujeto pasivo del Derecho Penal, y sus garantías procesales.

Y en primer lugar, en cuanto al *derecho de defensa* en sentido amplio y por ello comprensivo en un primer momento de los derechos de preparación de la defensa (incluyendo por tanto derechos de traducción, interpretación e información) y luego de los inherentes a su ejercicio *stricto sensu* (autodefensa, asistencia técnica) y de aquellos en conexión directa con ellos, (el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable, así como derecho a la justicia gratuita).

Por ser de especial repercusión en el efectivo ejercicio del derecho de defensa (y muy especialmente la salvaguarda de los derechos de libertad de los imputados) habrá de finalizar tal exposición con una reflexión derivada de la experiencia de la

“euroorden” (ODE), primer instrumento de apuesta decidida por el reconocimiento mutuo en materia de cooperación penal.

A continuación se examinarán pormenorizadamente las restantes garantías clásicas: garantías probatorias, presunción de inocencia, *ne bis in idem*, derecho al Juez imparcial y tutela judicial efectiva.

Otros derechos conectados con el ejercicio de defensa y también relevantes durante la instrucción penal como el de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra,” serán analizados con ocasión de las garantías probatorias y el derecho a la tutela judicial

Desde un punto de vista terminológico, siguiendo a la doctrina mayoritaria y el termino más generalizado se utilizará el término de “derechos fundamentales,” atendiendo primordialmente a su carácter jurídico positivo.²⁵² No por ello deja de asumirse su doble dimensión real e ideal²⁵³ y también su doble dimensión institucional y como derecho individual²⁵⁴.

La positividad de los derechos fundamentales representa sólo “su lado real o fáctico” ya que “El carácter ideal de los derechos humanos no se desvanece una vez

²⁵² PÉREZ LUÑO Señala que recientemente en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho. Cita al efecto entre otros a MESSNER, MÜLLER Y VIRGA. (PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, pp.32 y 33). Frente a esa postura, otros postulan su naturaleza ambivalente, resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo, vgr. PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Teoría general, Guadiana, Madrid, 1973.

²⁵³ ALEXY califica los derechos humanos en primer lugar como *morales*, en segundo lugar, *universales*, en tercer lugar *fundamentales*, en cuarto lugar *abstractos* y en quinto, son derechos que gozan de *prioridad* por sobre los demás tipos de derechos.. A su vez, los derechos existen solamente si son válidos. La validez depende únicamente de su *fundamentalidad*. Los derechos humanos *qua* derechos fundamentales pertenecen a la dimensión ideal del derecho. Como derechos abstractos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos (vgr. seguridad pública). En todo caso, los derechos humanos en consecuencia requieren de ponderación. ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad,” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011, p. 25. Vid. también ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; LORCA NAVARRETE, J.F. y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M.I., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Ediciones Pirámide, Anaya, Madrid, 2010; MATÍA PORTILLA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010; ROBLES MORCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.

²⁵⁴ HABÉRLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dyckinson, Madrid 2003. Desarrollando ideas del contenido esencial de derechos fundamentales y el principio de la ponderación de bienes, de proporcionalidad y el doble carácter de los derechos fundamentales: su dimensión institucional y como derecho individual.

ellos hayan sido transformados en derecho positivo (...) la dimensión ideal (...) sobrevive a pesar de su positivación”, (ALEXY).²⁵⁵

En cuanto a su delimitación, su “fundamentalidad” es independiente de las concretas exigencias legislativas de desarrollo, limitación o régimen específico de tutela que se explice en cada caso.²⁵⁶ Y así el art 52.1 de la Carta somete la limitación de los derechos a determinadas garantías que supone una sujeción a su contenido esencial, partiendo con ello de la preexistencia de tales derechos a su regulación legal. De aquí surge una interesante polémica (entroncada con el desarrollo de la llamada “teoría absoluta y relativa”) sobre la existencia o no de un *núcleo esencial* en tales derechos y en su caso la intangibilidad del mismo, no sólo para el Juez que ha de tutelar su invulnerabilidad sino para el propio legislador en su conformación positiva.

Se viene discutiendo doctrinalmente si estos derechos tienen o no contenido esencial. Frente a una teoría *absoluta* que considera el contenido esencial del derecho como parámetro independiente y distinto al de proporcionalidad, siendo el *núcleo* indispensable para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal y pudiendo ser solo cercenado el contenido accidental (respetando la proporcionalidad)²⁵⁷, los autores partidarios de la teoría *relativa* señalan que el derecho fundamental tiene un *contenido único* susceptible de limitación por ley y si está suficientemente justificada, según el principio de *proporcionalidad* (con exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).²⁵⁸

El debate doctrinal no es baladí (y adquiere especial relevancia en las relaciones entre la doctrina constitucional de cada Estado miembro y el enfoque propio del TJ), si

²⁵⁵El autor, cuyas tesis se comparten, señala que la positividad representa solo un lado de los derechos fundamentales, su lado real o fáctico. Además poseen una dimensión ideal, son derechos que han sido consagrados en una Constitución para transformar los derechos humanos en derecho positivo. Es una intención objetiva del legislador constituyente. (ALEXY, R., *op. cit.*, nota 253).

²⁵⁶ Como vienen señalando en conclusión unánime los constitucionalistas españoles pese a las exigencias del art. 81.1 CE (que exige esa catalogación /individualización para acotar el ámbito de reserva de Ley Orgánica), esa modalidad de intervención legislativa nada aporta a la definición de un derecho como fundamental. Y tampoco la exclusión de un derecho del concreto ámbito del recurso de amparo sustenta una negativa de su caracterización como “fundamental”.

²⁵⁷ Tras señalar la necesaria conexión entre ponderación o principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, considera ALEXY que el principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Los tres expresan en su conjunto la idea de optimización. Los dos primeros se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas y el de proporcionalidad en sentido estricto a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas. ALEXY, R., *op.cit.*, nota 253.

²⁵⁸ Síntesis muy acertada con ocasión de los derechos de defensa en CALDERÓN CUADRADO, M.P “La dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad” en 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*, Thomson Reuters, Aranzadi SA, Cizur Menor, Navarra, 2009, (cap. VII, p. 173 y ss). Igualmente destaca en dicha obra el esclarecedor resumen de SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa” (*ibíd.*, cap. IX, p. 281).

bien desde un punto de vista práctico, el *quid* de la cuestión estará más en los límites realmente infranqueables en la configuración y concreta salvaguarda de tales derechos que en la subsunción de los efectivos supuestos en los conceptos de núcleo esencial intangible o proporcionalidad como único freno a la libertad del legislador e intérprete. Y así, el artículo 52.1 de la Carta señala que la limitación del ejercicio de los derechos y libertades de la misma deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Y añade que dentro del respeto al principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones necesarias y que respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la UE o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás.

En cuanto a la titularidad de tales derechos fundamentales, se adoptará en este estudio la perspectiva estricta del *sujeto pasivo* del proceso penal (excluyendo por tanto a víctimas y perjudicados) durante la fase propia de instrucción en coherencia con la perspectiva de este estudio.

Para mantener una cierta coherencia y claridad en la exposición, la interpretación ciertamente extensa del término “*acusación*” en el ámbito europeo²⁵⁹ ha de ser restringida a lo largo de este análisis, en algunas referencias al vigente ordenamiento jurídico español, en que se mantendrá la denominación de “*imputado*” durante la instrucción penal hasta el momento de formulación de la acusación en que se transformará en “*acusado*”²⁶⁰ Y ello, en coherencia su sentido y utilización tradicional en el foro, sin perjuicio de advertir la inminente y previsible sustitución del mismo por la

²⁵⁹ El TEDH viene manejando un concepto amplio de acusado sin formalismos (vgr. STEDH recaída en as. *ADAMKIEWICZ v. Polonia*, nº 54729/00, 2 de marzo de 2010 y STEDH dictada en as. *LAMY v. Bélgica*, nº 10444/83, 30 de marzo de 1989, Series A nº 151). Y en el mismo sentido la jurisprudencia del TJ ha venido utilizando indistintamente la expresión de *imputado* o *acusado*. (vgr SSTJ de 28 de septiembre de 2006, as *Gasparini* y de 10 de marzo de 2005 recaída en as. *Miraglia*, ambas citadas en nota 84).

²⁶⁰ Y así en la actual LECRIM será *imputado*: Cuando existen sospechas de comisión de un hecho con caracteres de delito, dando lugar a distintas diligencias policiales o judiciales; citación (art. 486), detención (art.489), prisión provisional (arts.502 y ss) o admisión a trámite de una denuncia o querella (art.118). El primer estadio de imputación penal está reflejado en el artículo118 LECRIM (Pero el procedimiento ya se dirige frente a quien se atribuya más o menos fundadamente un acto punible desde que se le comunique la admisión de una denuncia o querella (no bastando la simple interposición u otra actuación procesal de que resulte imputación de un delito o detención o procesamiento, *vid.* STC 135/1989 (Sala 1ª) de 19 de julio (Recurso de amparo 1273-1987), *BOE* núm. 190 de 10 de agosto de 1989). De otro lado el *procesado* es un concepto que responde a una imputación formalmente verificada en vía judicial, (ex art. 384 LECRIM): Si como consecuencia de una diligencia en el sumario aparecen indicios racionales de criminalidad contra determinada persona se dictará auto (resolución motivada) de procesamiento. No existe en el procedimiento abreviado (arts. 757 y ss) por lo que según el TC coincidirá ese momento con su comparecencia ante el órgano judicial (arts. 775 y 779). Solo cuando haya concluido la primera fase (sumario o instrucción durante las diligencias previas) y presentados los escritos individualizando y concretando la acusación, será un *acusado stricto sensu* (durante todo el juicio oral hasta ser eventualmente condenado o absuelto).

nueva terminología propiciada por las reformas procesales nacionales en curso que abogan por conceptos más neutros como “investigado” y “encausado”.²⁶¹

Sin embargo, en el análisis del derecho derivado, en coherencia con la terminología del legislador de la UE, se mantendrá la denominación doble de “sospechosos y acusados” como sujetos pasivos en un sentido amplio, abarcando dicha figura a lo largo de todo el proceso penal.²⁶²

2.- ¿UN VERDADERO ESCENARIO EUROPEO DE GARANTÍAS PROCESALES? ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LAS GARANTÍAS PENALES EN SEDE DE INSTRUCCIÓN

A.- DERECHO DE DEFENSA: ÚLTIMAS “FRONTERAS” DE LA INSTRUCCIÓN PENAL

²⁶¹ En la actualidad, designando al sujeto contra el que se dirigen las actuaciones la LECRIM utiliza pluralidad de términos: inculpado (art. 368 LECRIM), presunto culpable (art. 371 LECRIM), presunto reo (art. 512 LECRIM) y a su vez el art. 775 y art. 118 LECRIM se refieren al “imputado” que será el término generalizado en la fase de instrucción (a salvo del Procedimiento Ordinario, en que se transforma en “procesado”). Sin embargo el actual Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (de 13 de marzo de 2015), recogiendo la iniciativa del futuro Código Procesal Penal, prevé la variación de dicha terminología, imponiendo la más novedosa de “investigado” y “encausado”, que considera de mayor neutralidad.

²⁶² No era sencillo elegir un término ante las distintas denominaciones propias de cada ordenamiento nacional que se refieren según los casos, a distintos momentos en relación a la acusación formal. Y así, *accusé* (derecho francés), *angekagten* (alemán) *who has been charged* (RU) como “acusado” y sin embargo en Italia (*imputato*) y en Portugal (*arguido*), ambos relacionados con la fase de instrucción. Ante tal diversidad, el legislador europeo ha asumido el amplio concepto del CEDH (vgr. en los considerandos de la Directiva relativa al derecho de información (14) explicita que el término “acusación” se utiliza para describir el mismo concepto a que se refiere el art. 6.1 del CEDH).

A1. “DERECHOS DE DEFENSA, ¿DERECHOS ILIMITADOS?”: *Regulación e interpretación jurisprudencial en el ámbito europeo*

Siendo el derecho de defensa uno de los derechos fundamentales procesales “por excelencia,” no es sorprendente que haya sido el primer objeto de las recientes novedades legislativas de la UE. El derecho de defensa tal y como se encuentra consagrado en la Carta, (y relacionado con el resto de garantías procesales conectados con aquel), adolece en su tratamiento de una cierta falta de rigor técnico y sistemático, (notoriamente en cuanto al orden de exposición), sobre todo habiéndose apartado del elenco de “derechos de defensa” recogidos en el CEDH con el que sin embargo implícita y explícitamente se integra, (así como con la jurisprudencia del TEDH por propio mandato imperativo del art 52 CDFUE).

Con ocasión del desarrollo legislativo de este “derecho de defensa,” la UE tuvo la ocasión de “debutar” en su papel largamente deseado (y también muy controvertido) de auténtica legisladora en materia procesal penal, recién estrenada su personalidad jurídica y prácticamente demoliendo el sistema de pilares de la construcción europea previa a Lisboa. Las dos primeras Directivas surgidas del nuevo rumbo (Hoja de ruta) asumido por la UE en esta materia (tras la fallida Propuesta de la Comisión de afrontar una positivación armonizadora de tales garantías de forma conjunta), pertenecen precisamente a este derecho de defensa *en sentido lato*: la primera colmando las exigencias de traducción e interpretación inseparables de una instrucción de corte transnacional (y por ende, plural desde el punto de vista lingüístico), y la segunda, relacionada con el derecho de preparación de la defensa, englobando los derechos de información esenciales del sujeto pasivo de la instrucción y derecho de acceso a los materiales del expediente en relación con el mismo. A ellas ha seguido la tan esperada Directiva en materia de asistencia letrada que también afronta los derechos de comunicación del detenido.

Innumerables son los estudios doctrinales sobre el derecho de defensa y los derechos que forman parte del mismo o están íntimamente conectados o relacionados con aquel, poniendo de manifiesto la complejidad de fijar su verdadera naturaleza jurídica y delimitación. Compartiendo la opinión sobre el actual déficit doctrinal de

tratamiento de cuestiones de dogmática general en la materia,²⁶³ y sin pretender obviamente este estudio abordar en profundidad dichas cuestiones, ha de señalarse el interés notorio de la cuestión ante las dificultades de configuración de los llamados por la Carta “derechos de defensa”, no solo desde la efectiva concreción de su naturaleza jurídica sino en cuanto a poder ofrecer una visión global de su efectivo contenido y sus posibilidades de expansión o limitación a tenor de su consagración positiva (no cristalizada, sino en pleno proceso de cambio en el ámbito europeo). En tal sentido, ha de hacerse notar la dificultad añadida de manejar las distintas definiciones (no siempre rigurosas ni coherentes entre sí) de la Carta, el CEDH y las constituciones nacionales de los Estados miembros y todo ello sin olvidar otros textos internacionales vigentes en materia de derechos humanos.

Puede, en todo caso, afirmarse sin género de duda que los derechos de defensa se configuran como derechos fundamentales de naturaleza procesal. No ha de darse excesiva importancia a la redacción formal del articulado de la Carta que puede tener efectivos puntos en común con la estructura de principio, estableciendo un mandato de optimización de un determinado valor o bien jurídico. Ha de insistirse en su catalogación como *procesales* ya que dentro de la original catalogación de derechos de la Carta (y sus peculiaridades sistemáticas), parece hacerse referencia más bien a derechos de defensa “adjetiva o procesal”, no de fondo.²⁶⁴

Son derechos de contenido *plural* que exigen una subsiguiente labor delimitadora. Y así, el artículo 48.2 de la Carta proclama los “derechos de defensa” del acusado y supone una norma abierta para un derecho múltiple (y como se ha señalado con estructura de principio y no de regla). Dicha estructura avala distintas y complejas posturas interpretativas, máxime por su interconexión con los principios procesales de contradicción e igualdad armas y otros derechos como libertad, tutela judicial efectiva o derecho a un juicio sin dilaciones indebidas (insertándose originalmente en el *due process*). Dicha imprecisión no ha de ser solo objeto de censura a modo de peligrosa indefinición que podría eventualmente privarles de su esencial configuración, sino que supone un germen de libertad hermenéutica desde el punto de vista judicial que, a su vez, permite un desarrollo jurisprudencial a veces progresivo y dinámico del contenido del derecho, que, lejos de desnaturalizarlo, puede tener la virtualidad de acomodarlo precisamente a las particularidades del escenario judicial europeo. Su propia naturaleza avala así pues una hermenéutica judicial creativa, enriqueciendo su original abstracción

²⁶³ CALDERÓN CUADRADO, M.P., *op.cit.*, nota 258 pp. 173 y ss.

²⁶⁴ *Vid.* las conclusiones de CALDERÓN en cuanto a que no son instrumentos de salvaguarda de intereses legítimos deducidos en juicio. (*ibíd.*, nota 258 p. 205).

cuando las exigencias de la cambiante sociedad europea y el pluralismo inherente a la misma permiten dotarla de pleno sentido y adecuarla desde un punto de vista pragmático al caso concreto.

Precisamente la remisión imprescindible al CEDH y su interpretación jurisprudencial en el ámbito europeo, viene garantizando la posible ampliación en la extensión de estos derechos. Según las propias explicaciones de la Carta, el artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 art 6 Convenio.²⁶⁵ Su sólido reconocimiento en la esfera internacional además coadyuva a que se amplíen a partir de los consagrados en otros instrumentos internacionales.²⁶⁶

Siguiendo la terminología del TC español, los derechos de defensa son de “configuración legal” (sujetos a la reserva de ley) y por ello precisan de intervención positiva del legislador nacional, habilitado y constreñido a su desarrollo y limitación. Problemas añadidos en el seno de la UE en cuanto a ese ámbito de reserva legal será, de un lado, la difícil definición del concepto “ley” en el marco europeo, (partiendo de las distintas acepciones del término *law* como fuente en sentido amplio o estricto)²⁶⁷ y de otro, los persistentes problemas estructurales en cuanto al tan alegado déficit democrático existente en el seno de la UE, (solo mitigados parcialmente en Lisboa al generalizarse el recurso al procedimiento legislativo ordinario y por ende, una mayor intervención parlamentaria tanto del PE como de los parlamentos nacionales en el debate y aprobación de las normas concernidas). Junto a ello, ha de señalarse la exigencia del TEDH de la doctrina de “calidad” de la ley que viene exigiendo a la misma cierta calidad, notoriamente su carácter accesible y previsible como freno a discrecionalidad de los propios órganos judiciales.²⁶⁸

Y desde esa concepción de derechos de la defensa en tanto que derechos de configuración-restricción legal sometida a límites, es obvio que han de exigirse garantías de respeto a su contenido esencial y al principio de proporcionalidad, revistiendo mayor complejidad la delimitación práctica de ese interés “general” (distinto desde el punto de vista europeo o nacional) y que en cada caso pueda legitimar una *limitación* mayor o menor de tales derechos. En el ámbito de la UE parece más sencillo acudir a una tesis

²⁶⁵ El borrador original optaba por su enumeración de forma paralela al mismo, siendo luego sustituido dicho elenco de derechos por una formulación general.

²⁶⁶ Vgr. los contemplados en PIDCP como derecho a la presencia en juicio, (art. 14.3 d Pacto) o derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni confesarse culpable (14.3 g Pacto en relación con art. 24.2CE).

²⁶⁷ Vid. nota 238 sobre STEDH en relación con la doctrina *Parot*, que consagra un concepto tan amplio que incluye (en el término *law*) también la jurisprudencia a los efectos del derecho a la legalidad penal.

²⁶⁸ *Ibíd.*

absoluta que explicita una doble garantía (núcleo y proporcionalidad) y ello no solo atendiendo a un criterio hermenéutico literal y sistemático (por la presencia conjunta de ambos requisitos en art. 52 CDFUE), sino también atendiendo al alcance más restringido del principio de proporcionalidad a que parece hacer referencia la Carta frente al desarrollado por la tesis relativa (que incluye las notas de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*).²⁶⁹

En conclusión, cualquiera que sea la postura doctrinal que se adopte, atendiendo al respeto a un núcleo inviolable o a un principio de proporcionalidad exquisitamente aplicado a un todo, ha de evitarse toda relativización del derecho que pueda llevar a su desnaturalización. Será esencial atender a un canon de proporcionalidad y a los efectivos fines inherentes a los intereses generales y la defensa de derechos y libertades de otros, como clave de un adecuado desarrollo normativo de los referidos derechos, nunca sencillo. Al menos desde el punto de vista teórico dogmático, el legislador europeo ha de alejarse de posturas de soberbia jurídica, sucumbiendo a la tentación de ejercer una suerte de poder omnímodo que, amparado en una legitimidad puramente formal, (cumpliendo los requisitos de reserva legal y la invocación de intereses más o menos abstractos o difusos -subsumibles en las posibilidades explícitas de la Carta o una interpretación torticera de la misma o de sus nuevos ámbitos competenciales-), permita la devaluación de las garantías de defensa en la escena internacional o su subordinación a la presencia del valor seguridad tan en boga en determinados momentos de conflicto. Y en sentido contrario, que tampoco el legislador nacional pueda acogerse al anterior planteamiento como pretexto para imponer su propio estándar nacional de tutela frente al correspondiente y específico de las fuentes europeas.

En resumen, los derechos de defensa no son ni derechos ilimitados tan genéricos que permitan toda suerte de confusión con las restantes garantías procesales (con las que se encuentran obviamente interconectados), ni derechos tan constreñidos o limitados que impidan en un sentido dinámico la expansión de su contenido, sentido y alcance a tenor de la evolución de la sociedad europea en su progresiva construcción

²⁶⁹ Siguiendo la exposición de CALDERÓN, afirma la autora que “contenido esencial-accesorio no es expresión equivalente a núcleo de certeza-halo de incertidumbre”, se desarrollan dos tesis enfrentadas sobre contenido esencial del derecho: La teoría absoluta que considera posible individualización de ese contenido y separación de los accesorios y la relativa que propugna la sustitución de tal garantía por el propio canon de proporcionalidad, como único freno a libertad legislativa. Concluye que sostener una tesis absoluta del contenido esencial aparentemente fortalecería la posición de los derechos fundamentales mientras que la tesis relativa (que sostiene que el derecho fundamental tiene un contenido único delimitado por los perfiles de los bienes jurídicos en que consisten) sería artificiosa en tanto que entonces bastaría cualquier limitación por ley proporcional para estar justificada. A su juicio, tanto los derechos nucleares que afectan a la esencia de la contradicción como los instrumentales que aseguran su viabilidad tendrán esa doble dimensión de contenido esencial-accesorio. (*op.cit.*, nota 258).

de un proceso penal sólidamente arraigado en los valores de libertad y justicia y vinculado por los logros (sin vía de retroceso), de un largo periodo de progresiva formación de un sustrato común, (básicamente en el seno del Consejo de Europa), que hoy más que nunca ha de ser germen de la construcción en marcha.

Y así, en cuanto a su consagración legislativa y dentro de su ámbito de aplicación, la Carta garantiza y refleja los correspondientes derechos consagrados en el CEDH, pero aparentemente “fragmentando” dichos “derechos de la defensa” entre los arts. 47 y 48.2 de la misma. Y así en su artículo 47 -bajo el epígrafe “Derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo”- en su segundo párrafo se establece que: “Toda persona tiene derecho a un juicio justo y público dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley. Toda persona tiene la posibilidad de hacerse aconsejar, defender y representar”. Y a su vez, en el artículo siguiente, artículo 48.2 y tras proclamar la presunción de inocencia (con la que comparte epígrafe conjunto) estipula que: “Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”. Dicha formulación en plural es ajena a nuestra tradición jurídica²⁷⁰ y su conexión con el derecho a la presunción de inocencia en relación al “acusado” parece circunscribir su ámbito al orden *penal*.

Según explicaciones de la propia Carta, su artículo 48 coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 CEDH siendo idénticos el sentido y alcance de estas disposiciones. La Carta, así pues, acoge y asume como vinculante la larga tradición del CEDH y la jurisprudencia del TEDH (arts. 6.2 y 3 TUE y art 52 Carta).²⁷¹ En el mismo sentido, el TJ al margen de la Carta (y luego con ocasión y cita de la misma) ha venido reconociendo este derecho fundamental.²⁷²

²⁷⁰ “Los derechos de la defensa” es expresión más bien fruto de la tradición anglosajona en que se basan CDFUE y CEDH proclives al *bill of rights*. En nuestro ordenamiento tales derechos se engloban en concepto de “derecho de defensa”.

²⁷¹ De la regulación del art. 51 CDFUE y art. 6.2 TUE resultaba que algunos autores, pretendían a restringir el ámbito de aplicación de estos derechos a lo relativo a instituciones, órganos y organismos de la UE y sus Estados miembros cuando apliquen estrictamente el derecho de la misma. Esa visión restrictiva no puede mantenerse teniendo en cuenta el actual ámbito de competencia compartida del ELSJ y la creciente incidencia de la UE en materia procesal penal. La Carta obviamente trasciende del ámbito restringido de las instituciones propiamente europeas (en que será de plena aplicación, vgr en relación a la futura Fiscalía Europea o Eurojust o los ámbitos del “derecho de la unión” *stricto sensu*), siendo precisamente su mejor activo su *permeabilidad* (no solo en su propio ámbito de actuación sino incluso alcanzando otros independientes, en el derecho interno).

²⁷² Vgr. SSTJ dictadas en as. *Brazzelli, San Marco y Hüls*. (Asunto C-136/92 P, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Augusto Brazzelli Lualdi y otros*, STJ de 1 de junio de 1994 (ECLI: EU: C: 1994:211); Asunto C-19/95 P., *San Marco Impex Italiana Srl contra Comisión de las Comunidades Europeas*. (*Recurso de casación*), Auto del TJ (Sala 1ª) de 17 de septiembre de 1996, (ECLI: EU: C: 1996:331) y Asunto C-199/92 P., *Hüls AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*. (*Recurso de casación*), STJ (Sala 6ª) de 8 de julio de 1999, (ECLI: EU: C: 1999:358). También los abogados generales han invocado antes de su entrada en vigor como derecho originario, el artículo 48 (asunto C-338/00 P, *Volkswagen AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ (Sala 6ª) de 18 de septiembre de 2003, (ECLI: EU: C:

Se recoge en la Carta el derecho de defensa (bien que en plural y aparentemente fragmentado como se ha señalado) con sustantividad propia y formal, dotado de independencia frente al resto de garantías procesales que configuran la noción de proceso justo o equitativo. Ello merece una valoración positiva ya que recalca su identidad propia sin diluir su análisis en la más genérica garantía de ese derecho al *due process* ni a la preservación de la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de la interconexión con ambos. Sin embargo, la crítica desde un punto de vista sistemático²⁷³ es certera ya que carece de todo rigor jurídico que el derecho a la defensa técnica (art.47), precisamente el más representativo y con mayor virtualidad de los derechos de defensa, sea consagrado en un precepto separado de la Carta al que de forma global (art. 48) contempla los derechos de defensa (que obviamente han de comprender aquel).

Desde el punto de vista de esta exposición obviamente ha de acometerse de forma conjunta derechos de defensa y el de asistencia letrada y sin duda ha de acudir al elenco de derechos enumerados en el CEDH²⁷⁴ y a su interpretación por el TEDH para ahondar en el sentido *europeo* de estos derechos, atendiendo a las novedades que están planteando en la construcción del ELSJ con la correlativa aprobación de Directivas que inciden todas ellas en un derecho de defensa en sentido amplio.

Y así, el TEDH desarrolla el alcance de estas garantías procesales (que incluyen los derechos de defensa) como elementos básicos del derecho a un *juicio justo o un proceso equitativo*. La conexión defensa/derecho al proceso debido es evidente y ha sido proclamada por dicha doctrina jurisprudencial que muy frecuentemente ha examinado de forma *conjunta* la eventual vulneración de los mismos. El derecho de defensa forma parte de la configuración del derecho a proceso equitativo y sus posibles vulneraciones se han analizado ordinariamente estimando éste en su conjunto. También otras normas internacionales venían integrando esas garantías de defensa

2003:473) y también el Tribunal de Primera Instancia. (Asunto T-279/02, *Degussa AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 3ª) de 5 de abril de 2006, (ECLI: EU: T: 2006:103). Este Tribunal venía interpretando que los derechos de defensa del art. 48.2 están presentes de forma permanente en el procedimiento administrativo sancionador, señalado que aunque la empresa sancionada no tenga condición de acusado durante la fase de investigación preliminar (...) no puede como regla general disociarse de una "imputación implícita".

²⁷³ IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (coord.): *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

²⁷⁴ Y así, en el art. 6.3 CEDH se enumeran un catálogo de garantías procesales básicas en conexión con exigencias del juicio justo, estipulando que: 3. "todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: A) 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; 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 no tiene medios para pagarlo poder ser asistido gratuitamente por abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan; D) A Interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el 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 por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

conjuntamente con el resto de derechos procesales (independencia del juzgador, publicidad, garantías probatorias...).

El derecho de defensa puede considerarse un derecho de contenido complejo, en íntima conexión con los principios de *audiencia* o *contradicción* y con el principio de *igualdad* de armas procesales. En cuanto a su contenido, el propio art 6.3 CEDH consagra un *numerus apertus* (a partir de un elenco reseñado a modo de mínimo) completado por abundante jurisprudencia del TEDH (vgr. con el derecho a no autoincriminación resultante de la misma,²⁷⁵ derecho positivizado en el ordenamiento español y otros ordenamientos nacionales e instrumentos internacionales).²⁷⁶

Dada su naturaleza de derechos “de configuración legal”, el propio legislador (europeo y nacional) habrá de regular en determinadas condiciones su ejercicio. Y desde la perspectiva de su tutela por los jueces ordinarios nacionales, así como del control supranacional de su eventual vulneración por TEDH o TJ, habrá de mantenerse un exquisito análisis de la justificación de su eventual limitación, de conformidad con los parámetros de equidad y proporcionalidad en el sentido reseñado.

El ámbito penal que nos ocupa ha de ser matizado, en cuanto a la extensión del derecho de defensa por la jurisprudencia del TEDH que reiteradamente ha afirmado la autonomía del concepto “materia penal”.²⁷⁷ A su vez, la Carta (en el citado art. 48.2) acogiendo también un sentido amplio de “acusado”, parece excluir los derechos de la parte activa (víctimas o perjudicados) del procedimiento penal o la parte pasiva en procedimientos no penales, (en ese caso sí comprendidos en el art. 47 que consagra el derecho a “hacerse aconsejar, defender y representar”).²⁷⁸

La interpretación extensa del término “acusación” por el TEDH y TJ comprende a todo aquel que esté inmerso en un proceso con independencia del estadio procesal en que el mismo se encuentre.

A su vez, la doctrina del TEDH (que incluye en los titulares del derecho de defensa a los sujetos pasivos de otros procedimientos sancionadores en materia

²⁷⁵ STEDH de 25 de febrero de 1993, (as. *Funke*, citada en nota 220).

²⁷⁶ A su vez la Declaración Universal de Derechos Humanos no contiene regulación específica del derecho de defensa, existiendo una referencia a su contenido en garantías de los artículos 10 y 11. El PIDCP también consagra una serie de garantías procesales, incluso más amplias que el CEDH, (incluyendo precisamente el derecho a la no autoincriminación).

²⁷⁷ Estableciendo la doctrina de los criterios *Engel* para la calificación como tal de determinados procedimientos, con independencia de la calificación de las legislaciones internas.

²⁷⁸ Sobre la interpretación extensa del término “acusado” *vid.* nota 259 y 262.

administrativa, penitenciaria o militar) considera el CEDH incompatible *ratione materiae* con la extensión en su totalidad del derecho de defensa a los acusadores.²⁷⁹

En cuanto a su extensión temporal si bien cada uno de los derechos de defensa abarcará un mayor o menor periodo, es relevante constatar que las Directivas hasta ahora promulgadas incluyan expresamente la fase de sentencia y recurso posterior a la misma, si bien no la subsiguiente de ejecución, en que sin embargo podrían tener virtualidad importante las referidas garantías. Y así el TEDH ha señalado (en su dimensión amplia del concepto de “acusado” con extensión al ámbito penitenciario) la duración de esa calidad en el proceso penal desde que se adopte cualquier medida que tenga repercusión importante en su situación hasta la propia extinción de la responsabilidad penal. Nótese que pese a esas formulaciones generales, las citadas Directivas, en lo relativo a la situación de las personas frente a las que se ha dictado orden de detención y entrega europea, si comprenderán en determinados supuestos situaciones incursas en fase ejecutiva, como es obvio por la especialidad del referido instrumento.

En cuanto al derecho de defensa en nuestro ordenamiento nacional, el art 24 CE viene a proclamar un derecho a la total justiciabilidad de cualquier derecho o interés legítimo y no solo como señala la Carta como un derecho *de acceso* a la tutela sino con una obligación de *resultado* (es decir, a obtenerla), bajo la proscripción constitucional de indefensión. Un carácter tuitivo que trasciende del orden jurisdiccional penal y parece dar un paso más respecto del CEDH en tanto que busca la *efectiva* tutela no solo consagrando uno o varios derechos que legitimen a su *exigencia*.

Y así la CE, en su artículo 24.2 reconoce igualmente un determinado contenido plural del derecho de defensa. Dicho precepto incorpora un catálogo de derechos constitucionales de naturaleza jurisdiccional o procesal (conocimiento de la acusación, audiencia del imputado, contradicción procesal, asistencia letrada, utilización de medios de prueba pertinentes, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable...) cuya aplicación casuística por el TC ha ido delimitando progresivamente su contenido, influyendo en la evolución legislativa y por supuesto en los pronunciamientos judiciales en el seno de la instrucción penal. Puede afirmarse que aunque técnicamente el art 24 proclama una serie de principios-generales y específicos- del proceso, en realidad sólidamente ha consagrado un conjunto de garantías jurisdiccionales.

²⁷⁹ Decisión del TEDH dictada en asunto, G. S. D. M. v. España nº12496/86, 13 de abril de 1989.

Y así, el TC ha proclamado la universalidad de este derecho del art 24 C como derecho humano fundamental universal,²⁸⁰ garantía de su dignidad y por tanto correspondiente a todas las personas. Pues bien, solo examinando de forma pormenorizada cada uno de esos derechos que integran ese concepto plural de “derechos de defensa” podrá discernirse el impacto que sobre el mismo está teniendo la evolución legislativa del ordenamiento de la UE y la interacción entre la doctrina jurisprudencial de las tres instancias básicas de tutela a ese nivel (TJ, TEDH y Tribunales constitucionales).

A2. PREPARANDO LA DEFENSA EN UN LITIGIO SUPRANACIONAL

a) EL DERECHO A LA INTERPRETACIÓN Y TRADUCCIÓN. *La Torre de Babel: Intérpretes y traductores, ¿Aliados o bienintencionados enemigos?*

El artículo 6.3 e) del CEDH consagra el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si el “acusado” no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. Aunque el Convenio no parece distinguir entre traducción e interpretación, la Directiva en la materia sí lo hace, regulando separadamente ambas funciones en coherencia con la peculiaridad de cada una.

En cuanto a la comprensión del idioma, el TEDH ha venido señalando que la carga de acreditación de competencia lingüística del acusado recae sobre el órgano jurisdiccional que ha de comprobar la efectividad de la misma,²⁸¹ insistiendo en la obligación positiva de los Estados en la garantía efectiva de estos derechos. De ello ha de concluirse que será más operativo dotar de intérprete como regla general a quien lo solicite alegando necesitarlo, salvo supuestos palmarios de abuso de derecho en quien lo reclama notoriamente sin fundamento, cuando exista constancia en la causa de

²⁸⁰ Vgr. STC (Sala 2ª) 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, (Recurso de amparo 576-1983), BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 1984 y STC (Sala 2ª) 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, (Recurso de amparo 14-1985), BOE núm. 265 de 5 de noviembre de 1985.

²⁸¹ STEDH dictada en asunto *BROZICEK v. Italia*, nº10964/84, 19 de diciembre de 1989, Series A nº167.

determinadas circunstancias objetivas del sospechoso que evidencien su puntual conocimiento de la lengua del proceso.²⁸²

La regulación de estos derechos en nuestra ley rituarial venía siendo confusa y fragmentaria confundiendo y tratando indistintamente las necesidades de interpretación y traducción *stricto sensu*. Así, la LECRIM hacía (antes de ser implementada la normativa europea) múltiples y asistemáticas referencias a los intérpretes.²⁸³ En cuanto al derecho a traducción *stricto sensu* no venía regulado en la legislación procesal penal (siendo la LEC -Ley de Enjuiciamiento Civil- la norma supletoria en tal caso).

Pervivían en nuestro ordenamiento nacional preceptos obsoletos (en desuso o algunos corregidos por la propia jurisprudencia). Y así, el derecho a intérprete regulado en la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), permitiendo en las actuaciones orales “habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada previo juramento o promesa de aquella” (art 231.5), precepto criticado por la falta de rigor y ausencia de profesionalidad que permitía²⁸⁴.

La regulación de estas profesiones en España es igualmente fragmentaria e irregular, variando en virtud de las concretas competencias asumidas en la materia por las distintas CCAA, (Comunidades Autónomas) y siendo distinto y claramente deficiente el nivel de exigencia y cualificación exigido a los profesionales en uno u otro caso, así como es igualmente dispar el régimen previsto en cada Estado miembro.²⁸⁵

²⁸² Vgr. una persona con residencia legal en el país y que desarrolla un trabajo en el mismo que presupone un nivel más que razonable de conocimiento. Como se verá en siguiente epígrafe, la Directiva relativa al derecho a interpretación y traducción señala en art. 2.4 que los Estados miembros han de velar por un “procedimiento o mecanismo” para determinar si el sospechoso o acusado habla o entiende la lengua del proceso penal y si requiere la asistencia de un intérprete, con las dificultades que ello conlleva.

²⁸³ Y así el artículo 520.2 e) en su anterior redacción contemplaba el derecho a asistencia gratuita por un intérprete si se trata de un extranjero que no comprenda o hable castellano, el artículo 398 si el procesado no supiere idioma español o fuere sordomudo remitiendo a la regulación contenida en artículos. 440, 441 y 442. A su vez los artículos 440 y ss LECRIM contienen regulación en materia de testigos (art. 440: juramento tomado al intérprete y posibilidad de dictar contestaciones por su conducto, debiendo consignarse la declaración en dos idiomas, art. 441, posibilidad de interrogatorio previamente traducido y redacción de respuestas por escrito en su idioma que luego se traducirán, art. 442: supuesto de sordera que prevé un intérprete en lengua de signos y juramento, art. 443: testigo que puede leer su declaración o se la lee intérprete...).

²⁸⁴ Como se verá, dicho precepto sólo ha sido parcialmente corregido en la reforma resultante de la implementación de la Directiva (Artículo tercero de la LO 5/2015. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se modifica el apartado 5 del artículo 231 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue: «5. La habilitación como intérprete en las actuaciones orales o en lengua de signos se realizará de conformidad con lo dispuesto en la ley procesal aplicable).

²⁸⁵ Destaca la positiva regulación de Austria, Alemania, RU o Finlandia, (vgr En Austria existe un registro oficial de traductores e intérpretes judiciales que responde a las exigencias reales y cumple de forma aceptable con requisitos calidad y cualificación). Sin embargo, en otros Estados miembros la regulación es deficiente, (vgr. Grecia, Bulgaria, Malta, Portugal o Chipre). En ellos no existen registros específicos de traductores e intérpretes jurídicos, no desempeñan sus funciones en exclusividad y están sujetos a baja remuneración y mínimos controles de cualificación, sin que en la mayoría se exija siquiera título

La práctica judicial (progresivamente sensibilizada con la tutela de estas garantías procesales), ha venido adecuando la confusa regulación literal a la preservación efectiva de las mismas y múltiples han sido los pronunciamientos del TC en la materia, generalmente en el sentido de favorecer el pleno ejercicio de los derechos a la interpretación y traducción. Y así, el TC también reconoció el derecho a intérprete a los españoles que no conozcan castellano,²⁸⁶ extendiéndolo a la fase prejudicial (policia)²⁸⁷ y precisando que la mera condición de extranjero no conlleva la necesidad de intérprete si el acusado comprende y maneja con fluidez y soltura el idioma, siendo necesario que el desconocimiento le cause efectiva indefensión (impidiendo hacer alegaciones, defenderse o ejercitar el derecho de contradicción). A su vez, el TS (Tribunal Supremo) ha establecido que no es necesario el control sobre la fiabilidad del intérprete si el fallo se sustenta sobre otras pruebas distintas a la declaración del imputado.²⁸⁸

La aprobación de la Directiva 2010/64/UE del PE y del Consejo, de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²⁸⁹ constituye el primer paso decidido de la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, asumiendo la nueva estrategia de armonización/aproximación parcial del Programa de Estocolmo. Los propios considerandos de esta Directiva (y las que le han seguido en materia de información y defensa técnica) tras exponer (de forma prácticamente literal) que responden a la ejecución gradual de ese Plan de trabajo, recalcan precisamente su carácter “no exhaustivo”²⁹⁰ y sobre todo recogen una cláusula de no regresión.²⁹¹

universitario. No puede obviarse el tema presupuestario, tan sensible en estos tiempos de crisis (con recortes presupuestarios a veces drásticos), que hacen que las perspectivas en tales Estados y el nuestro no sean en este momento halagüeñas.

²⁸⁶ STC (Pleno) 74/1987, de 25 de mayo de 1987, (Recurso de inconstitucionalidad 194-1984), *BOE* núm. 137 de 9 de junio de 1987.

²⁸⁷ STC (Sala 1ª) 181/1994, de 20 de junio de 1994, (Recurso de amparo 2.536-1991), *BOE* núm. 177 de 26 de julio de 1994.

²⁸⁸ STS (Sala de lo Penal) 3690/1999 de 27 de mayo de 1999, (Recurso nº 1432/1998), (ECLI: ES: TS: 1999:3690).

²⁸⁹ Nota 142.

²⁹⁰ Considerando 11 de la presente Directiva. A su vez, el considerando 29 se establece una cierta provisionalidad de la norma que no parece “conformarse” con su resultado y apunta a que la misma podría ser un “campo de pruebas” siempre en un camino hacia ese objetivo de “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia” (considerando 1). En el mismo sentido, el considerando 32 insiste en esa idea de norma con vocación de trascender a un contenido más pleno y garante del derecho en cuestión.

²⁹¹ Art. 8: “Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que limita o deroga cualquier derecho o garantía procesal que pueda existir al amparo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de otras disposiciones pertinentes del derecho internacional o del ordenamiento jurídico de cualquier Estado miembro y que proporcionen un nivel de protección más elevado”. Serían pues incompatibles las posibles restricciones que pudiera tener en relación a la Carta (que se limita a reconocer el derecho en general) y el CEDH (muy desarrollado por la jurisprudencia del TEDH). Respecto de ambos, esta Directiva cuenta con dos novedades ya que su ámbito material incluye expresamente los

En la misma dirección (asumiendo esa mera condición de norma meramente aproximadora o de mínimos), el artículo 1.3 de la misma recalca que “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”. Tal afirmación es cuanto menos matizable ya que el hecho de que el precepto ya reconozca el derecho a una traducción escrita de documentos *esenciales*, y fije cuales lo serán en todo caso (ex art. 3.2), presupone obviamente un previo derecho mínimo nacional de acceso a los mismos como parte integrante *de facto* del derecho de defensa, que si bien admitiría distinta regulación nacional en cuanto a momento de prestación y ámbito objetivo, no podría excluir todo acceso a los mismos (a tenor de esta Directiva). En todo caso es un derecho mínimo que no provoca conflicto práctico alguno con las legislaciones de los Estados miembros.

La Directiva, afronta el primer tema del referido Plan de trabajo (medida A)²⁹² y de conformidad con lo establecido en su respectivo Protocolo, han notificado su deseo de participar en ella RU e Irlanda.²⁹³

procedimientos de ejecución de la orden de detención y entrega y desde el punto de vista subjetivo, no solo afronta las deficiencias en materia de conocimientos lingüísticos del imputado sino cualquier problema de comprensión o expresión por deficiencias auditivas u orales.

²⁹² Había existido una Propuesta de DM del Consejo relativa al derecho a interpretación y traducción (8 de julio de 2009) que no vio la luz ante la sobrevenida comunitarización de la cooperación judicial penal en Lisboa. (Propuesta de DM del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, (8 julio de 2009) (/ * COM/2009/0338 final - CNS 2009/0101 */). Precisamente las nuevas vías abiertas en esta reforma de Lisboa permitieron que el 8 de diciembre de 2009, trece Estados miembros presentaran una Iniciativa de Directiva mientras la Comisión presentaba su propia Propuesta con niveles más altos de protección, (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (9 de marzo de 2010), (/ * COM/2010/0082 final - COD 2010/0050 */). Fue finalmente el texto presentado por los citados Estados el tomado como base para la Directiva al contar con el respaldo de RU e Irlanda (principales opositores de la fallida propuesta de DM de 2004). (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 (18 de marzo de 2010). (DO C 69 de 18 de marzo de 2010, pp. 1/4).

²⁹³ El plazo para su incorporación al derecho interno (art. 9) fijado para antes del 27 octubre de 2013 fue incumplido entre otros Estados miembros, por España. En fecha muy reciente ha sido implementada esta Directiva junto con la relativa al derecho a la información. (Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, 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 núm. 101, de 28 de abril de 2015, pp. 36559- 36568, (Ref. BOE-A-2015-4605).

En cuanto a su fundamentación jurídica²⁹⁴ y superado ya el largo debate doctrinal e institucional sobre la legitimación de la UE en esta materia de derechos procesales,²⁹⁵ ya en los considerandos de esta norma se determina la base jurídica de la misma adoptada por el procedimiento legislativo ordinario. Se explicita su fundamento en el artículo 82.2 TFUE (párrafo segundo, letra b).²⁹⁶ Efectivamente, la literalidad de dicho precepto permite su subsunción en el mismo sin necesidad de esfuerzo hermenéutico adicional. Sin embargo, (y además de la genérica competencia que podría derivar de la definición de los objetivos del ELSJ o para algunos directamente de los derechos procesales recogidos en la Carta), no puede obviarse que el artículo 67.3 TFUE²⁹⁷ reconoce como complemento del principio de reconocimiento mutuo el de aproximación legislativa también en el ámbito procesal penal, con fundamento en la idea de preservar un nivel elevado de "seguridad" legitimando la cooperación en relación a tal fin. El texto parece subordinar la opción legislativa de la aproximación (antes armonización) de legislaciones nacionales frente a la "opción privilegiada" del reconocimiento mutuo, solo así se explicaría esa expresión "si es necesario," como opción complementaria pero *subsidiaria*.

Y cierto es que en las concretas iniciativas legislativas que nos ocupan (enmarcadas en el art. 82.2) podría haberse mencionado también este art 67.3 lo que *a priori* hubiera dotado a este último precepto de mayor virtualidad legitimadora en esta materia legislativa (reguladora de derechos procesales) que la que parece tener (e incluso permitiendo quizá rebasar el ámbito del art. 82.2, legitimando de ser necesario una expansión competencial en otros supuestos). Y así, la referencia inicial a la seguridad como objetivo y esa mención final a la aproximación ("si es necesario") parece introducir un elemento de excepcionalidad que sin embargo bien podría ser superado

²⁹⁴ Para evitar reiteraciones, *vid* el epígrafe "¿Nuevas competencias bien definidas?" y el dedicado a la eficacia de la CDFUE.

²⁹⁵ CEREIJO SOTO, A., "El derecho a interpretación y a traducción en España: una nueva concepción a partir de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales", *Revista Unión Europea Aranzadi (RUE)* nº 7, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp.7-18. Y desarrollando su exposición, para el análisis del tema: DELMAS-MARTY, M., *Procès penal et droits de l'homme: vers une conscience européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992 y HEGUENAU-MOIZARD, C., "Vers une harmonisation communautaire du droit pénal", *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 377-389.

²⁹⁶ Considerando 8 : " El artículo 82, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé el establecimiento de normas mínimas aplicables en los Estados miembros, 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 artículo 82, apartado 2, párrafo segundo, letra b), menciona "los derechos de las personas durante el proceso penal" como una de las áreas en las que pueden establecerse normas mínimas".

²⁹⁷ "La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales" (art. 67.3).

en el futuro sea por una interpretación laxa del mismo por parte del TJ o por los propios Estados miembros si fuera coincidente una voluntad en tal sentido (quizá con una decidida acción legislativa expresamente legitimada en dicha sede).

En todo caso, atendiendo a que ya el propio art 82.2 prevé la posibilidad *explícita* de que sean objeto de esa aproximación “otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión”. (decisión para la que exige unanimidad, del Consejo previa aprobación del PE) quizá el mayor interés del art 67.3 vendría precisamente del hecho de que al ser invocados motivos de seguridad, pudiera ampliarse el elenco “armonizable” del art 82.2 incluso en ausencia de esa decisión unánime del Consejo mediante las *medidas* (no necesariamente adoptadas por unanimidad) previstas en el mismo. (Y que podrían avalar interpretaciones más laxas en la materia competencial que nos ocupa).

La claridad competencial del art 82.2 TFUE como fundamento jurídico para el dictado de esta Directiva, no exige una adicional motivación en relación con el necesario equilibrio entre la virtualidad legislativa ofrecida por la nueva redacción del Tratado tras Lisboa y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.²⁹⁸ En todo caso se explicita en este instrumento como es lógico, tanto el principio de reconocimiento mutuo como su presupuesto esencial: la confianza mutua (no solo en la adecuación de las normas de los otros Estados miembros sino también en que su correcta aplicación) y la exigencia de ambos de ser complementados por esta regulación *aproximadora* siquiera de mínimos.²⁹⁹

Así pues, la confianza no puede ser “ciega” ni objeto de presunción *iuris et de iure* por la mera vinculación de los Estados a la Carta o al CEDH, sino basada en unos mínimos vinculantes que han de ser puestos en relación con los derechos

²⁹⁸ Así el considerando 34 hace referencia a los mismos despachándose con una clausula *genérica*. (“Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, lograr normas mínimas comunes, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a sus dimensiones y efectos puede lograrse mejor a nivel de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar ese objetivo”).

²⁹⁹ “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal presupone que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del reconocimiento mutuo depende en gran medida de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo”. (...) El reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal solo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las decisiones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado, lo que implica no solo confianza en la adecuación de las normas de los otros Estados miembros, sino también en que dichas normas se aplican correctamente” (3 y 4).

fundamentales procesales reconocidos con eficacia jurídica plena por los Estados miembros.

Y así, explicita esta Directiva también su fundamento en el art 6 CEDH y el art 47 y 48 CDFUE y en los derechos consagrados en los mismos (a un juicio equitativo y el derecho a la defensa). El efecto vinculante del reconocimiento genérico de tales derechos no basta.³⁰⁰ Por ello se acude en esta Directiva a la necesaria aproximación de las legislaciones nacionales, para “una aplicación más coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH” y para un mayor “desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas por el CEDH y la Carta,” por exigencia precisamente del necesario “refuerzo de la confianza mutua”.³⁰¹

Este derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales es inseparable del derecho de defensa (en relación de instrumentalidad con el mismo y también desde su fase embrionaria, del propio derecho a la preparación de la defensa, aunque no agotado en él) así como del derecho a un juicio equitativo, igualmente ligado al principio de igualdad de armas procesales y no discriminación por desconocimiento del idioma o dificultades de comprensión o expresión.

La Directiva viene a consagrar el nivel interpretativo de tales derechos que la jurisprudencia del TEDH (y más limitadamente del TJ) han venido estableciendo. Por ello, expresamente establece que sus disposiciones “que correspondan a los derechos garantizados por el CEDH o por la Carta deben interpretarse y aplicarse de forma coherente con dichos derechos, con arreglo a su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.³⁰²

En cuanto a su ámbito subjetivo, serán sus destinatarios quienes “no hablen o no entiendan” la lengua del proceso, lo que incluye a los desconocedores de dicha lengua y a las personas con limitaciones “auditivas o de expresión oral” (art. 3)³⁰³

Las garantías procesales no emanan de los ciudadanos como miembros de una comunidad política o de los nacionales (titulares de nacionalidad) sino de las personas

³⁰⁰ “Aunque todos los Estados miembros son partes en el CEDH, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí solo, ello no siempre aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros”. (considerando 6). Y así resulta de las múltiples condenas del TEDH a los Estados miembros por vulneración precisamente de las garantías procesales.

³⁰¹ (considerando 7) Ha de ponerse en relación este tema con las disposiciones horizontales de la Carta y el principio de neutralidad competencial consagrado en la misma (analizados en parte II).

³⁰² (considerando 33).

³⁰³ En cuanto al contenido del derecho en relación con personas sordomudas, *vid.* STC (Sala 2ª) 30/1989, de 7 de febrero de 1989, (Recurso de amparo 138-1987), *BOE* núm. 52 de 02 de marzo de 1989.

en cuanto centro de imputación de los derechos derivados de la dignidad humana, siendo por ello intrascendente que el destinatario sea o no ciudadano de la UE o de terceros Estados (universalidad de tales derechos).³⁰⁴

Desde un punto de vista objetivo, la Directiva no se limita a recoger generalidades obvias presentes en todos los ordenamientos nacionales sino que recoge los previos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia. Y así aborda el tema de la diferenciación entre interpretación y traducción en los procesos penales (art.1), incluyendo expresamente los procedimientos correspondientes a la ejecución de una ODE (que no es equiparable a un proceso *stricto sensu*), enfatizando en el tema de la exigencia de la gratuidad y la calidad siempre para garantizar la equidad del proceso. Igualmente fija el momento inicial del ejercicio del derecho en la mera “puesta en conocimiento, oficial o de otro modo” que una persona “es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal”, (“sin demora”),³⁰⁵ y lo prolonga hasta la resolución de cualquier recurso tras la resolución definitiva (art. 2). Incluye la opción (art. 3) de que puedan existir en los ordenamientos nacionales sanciones menores impuestas por autoridades no judiciales en cuyo caso la Directiva se aplicara solo a la fase de recurso ante autoridad judicial, si la hubiera.³⁰⁶

Es muy relevante que contemple expresamente el derecho a recurrir la decisión que deniega la necesidad de interpretación y traducción y también su calidad.

A lo largo de todo su texto señala como el límite del derecho a interpretación y traducción precisamente el derecho que trata de garantizar: La equidad del procedimiento.³⁰⁷

El legislador de la UE no define pero regula de forma *separada* las dos disciplinas, que efectivamente precisan de distinta metodología. De un lado la interpretación como vertiente oral de la reproducción del significado de un discurso emitido en una lengua en otro idioma distinto. (En que influyen elementos extralingüísticos como son el lenguaje corporal, el tono, la situación comunicativa y los interlocutores) y que se lleva a cabo *in situ*, como mediación de la comunicación entre los participantes. De otro la traducción: en sentido estricto entendiendo por tal la

³⁰⁴ ARANGÜENA FANEGO, C., *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares SL, Granada, 2011.

³⁰⁵ Considerando 18.

³⁰⁶ Opción barajada *de lege ferenda* en nuestro país en relación con la proyectada Justicia de proximidad.

³⁰⁷ Vgr. en el art. 3.7 en cuanto a la posibilidad de facilitar un resumen oral de documentos esenciales, art. 2.6 en cuanto a uso tecnologías de la comunicación, videoconferencia, teléfono o internet salvo si se requiere presencia física del intérprete con miras a salvaguardar la *equidad* del proceso.

reproducción por medios escritos de un mensaje en una lengua que es distinta de la lengua de origen en que se produce el texto. (De lengua “meta” a “lengua terminal”, idioma al que se traduce). Cuenta con un plazo más amplio para efectuar labores de documentación y consulta.³⁰⁸

Por el contrario, tal diferenciación no ha sido efectuada por el CEDH que sólo menciona la interpretación con dos formas distintas escrita u oral sin hacer referencia formal a la traducción.³⁰⁹

En cuanto al desarrollo normativo de la Directiva, en cuanto al derecho a la *interpretación*, la norma (art 2) fija prematuramente la fase *preprocesal* como momento de su ejercicio que ha de producirse “sin demora” e incluyendo por tanto el interrogatorio policial. Explicita que ha de facilitarse un “servicio de interpretación” (lo que parece excluir un intérprete “oficioso” como ha sido previsto tradicionalmente en la legislación española y otras muchas), no solo en las vistas judiciales y audiencias intermedias (es decir ante el órgano judicial) sino entre el sospechoso o acusado y su abogado “en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales”.

Este punto de comunicación con el letrado fue uno de los más conflictivos durante la génesis y debate de esta norma ya que en algunos Estados miembros no existe esta “interpretación” con el letrado nunca o con restricciones importantes.³¹⁰

Se contempla en la norma una lógica apertura a las nuevas tecnologías, permitiendo el uso de videoconferencia, teléfono o internet salvo cuando se requiera presencia física del interprete con miras a salvaguardar la equidad del proceso”. Este concepto jurídico (reiterado a lo largo de toda la Directiva) ha de determinarse caso por caso y según la complejidad y duración de la tarea que haya de encomendarse al mismo, así como la calidad efectiva de los medios telemáticos o personales disponibles, razones de urgencia y otras circunstancias concretas.³¹¹

³⁰⁸ GARCÍA MARTÍNEZ, N., “La exigencia de una traducción e interpretación de calidad por parte de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº60, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2012, pp.119-143.

³⁰⁹ A su vez en la praxis forense española suele utilizarse la referencia a traducción en sentido lato conteniendo ambas tareas, o a veces se usa indistintamente los términos intérprete y traductor. Es lamentable desde un punto de vista sistemático, (como se verá), que tampoco el legislador español haya seguido en la LO de implementación la regulación separada de tales derechos si bien maneja de forma diferenciada cada uno de los conceptos.

³¹⁰ Fue reducida al efecto la amplia Propuesta de la Comisión, que generalizaba un derecho gratuito durante *todas* las reuniones, entendiendo su costo excesivo y ante la eventualidad de abusos.

³¹¹ El legislador español en la LO de transposición ha sustituido esas referencias a la “equidad” por otra igualmente vaga en cuanto a salvaguardar genéricamente “los derechos” o “la defensa” del imputado o

Insistiendo en la *efectividad* del derecho y su garantía se impone una obligación positiva a los Estados de velar por el establecimiento de un procedimiento o mecanismo para determinar si el sospechoso o acusado habla y entiende la lengua del proceso penal y si requiere la asistencia de un intérprete (art.2.4). Más interesante resulta el art. 2. 5 que establece la doble opción de recurso contra posibles resoluciones que atenten a este derecho (no solo a su ejercicio sino también a su ejercicio efectivo en condiciones de calidad).

En cuanto a la Orden de detención y entrega europea, (ODE) se contiene una previsión expresa respecto de la misma imponiendo las obligaciones de tutela de este derecho al Estado de ejecución que ha de velar por que sus autoridades competentes faciliten este derecho a interpretación y en el mismo sentido se exige en cuanto al derecho a la traducción escrita de dicho documento (orden de detención europea o euroorden).

Y en cuanto al derecho a *traducción*, el artículo 3.1 lo consagra como un derecho a traducción escrita en plazo “razonable” de todos los documentos que resultan esenciales imponiendo a los Estados miembros la obligación de velar por que el sospechoso o acusado que no entienda la lengua del proceso penal se beneficie, en un plazo razonable, de la traducción escrita de todos los documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y “para salvaguardar la equidad del proceso”.

La Directiva fija ese criterio general que podrá ser matizado por los Estados miembros según el caso determinado (art. 3.3) partiendo siempre de un umbral mínimo irrenunciable, explicitado en artículo 3.2 que explicita que “entre los documentos esenciales se encuentra cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia”., elenco que constituye un *numerus apertus* susceptible de ampliación en las normas de transposición. Y continúa el mismo precepto (art 3.3) señalando que serán las autoridades competentes quienes decidirán si resulta esencial cualquier otro documento, en un caso determinado, pudiendo el sospechoso o acusado, o su abogado, presentar una solicitud motivada en este sentido³¹².

acusado. (Y así, el art. 123.5 de la LECRIM introducido por LO 5/2015 contempla “salvaguardar los derechos del imputado o acusado” como exigencia para la presencia física del intérprete y en cuanto a la posibilidad de efectuar un resumen oral en lugar de traducción, el art. 123.3 exige que “se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado” mientras la Directiva hacía referencia expresa a la equidad).

³¹² Sin novedades de interés recoge este precepto el legislador español en la referida LO 5/2015 con un art. 123 LECRIM del siguiente tenor: Extremo d) “Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo

La Directiva parece hacer referencia a traducción únicamente de documentos oficiales sin que aparentemente el sospechoso o acusado pueda previsiblemente exigir la traducción de toda la documentación unida a la causa salvo que su regulación nacional así lo avale. Como garantía adicional se establece un recurso frente a la denegación de este derecho por entender que no es necesaria total o parcialmente la traducción de documentos (o pasajes de los mismos) o irregular ejecución de la traducción facilitada reclamando que “la calidad de la traducción no es suficiente para salvaguardar la equidad del proceso”. Seguirá los procedimientos previstos por el derecho nacional. (Art. 3.5)

Igualmente se regulan excepciones al ejercicio del derecho. En primer lugar, por criterios estrictamente prácticos de irrelevancia o innecesariedad estipulando 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)³¹³.

Más importante es el hecho de que como excepción se permita la sustitución de la traducción escrita por un resumen oral de documentos esenciales con idéntico límite de no afectar a la equidad del proceso (art 3.7). La discrecionalidad permitida a los Estados miembros en el desarrollo de este precepto es amplísima³¹⁴ y peligrosa en cuanto que el control de la calidad de dicho resumen oral parece en extremo difícil.³¹⁵

Se contempla en este derecho a la traducción una posibilidad de *renuncia* (no prevista en el derecho a interpretación) que se supedita a “la condición de que el sospechoso o acusado haya recibido asesoramiento jurídico previo o haya tenido, de otro modo, pleno conocimiento de las consecuencias de su renuncia, y que la renuncia sea inequívoca y de carácter voluntario”. (art.3.8)

Es una constante en la regulación contenida en esta Directiva (que ha de ser objeto de positiva valoración) la exigencia explícita de calidad que supone relacionarla

caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia”. Y extremo e) “Derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento”.

³¹³ Del mismo tenor el art. 123.3 LECRIM introducido por LO 5/2015.

³¹⁴ Varios Estados miembros abogaron por esa posibilidad oral, priorizando un resumen que evitase la demora en los plazos y redujera los costes de traducción. Ciertamente es que en ocasiones la traducción escrita es de difícil comprensión para el sospechoso y si el letrado domina la lengua del procedimiento no será precisa información detallada o sucinta a aquel del contenido de determinada documentación por escrito, máxime cuando en ocasiones no tiene la formación para comprender su alcance o paciencia de asumir su lectura. Ninguna precisión relevante introduce la norma española de transposición.

³¹⁵ Señala GARCÍA MARTÍNEZ, N. (*op. cit.*, nota 308), que ha de tenerse en cuenta que se trataría de lo que profesionalmente se llama “traducción a la vista”, modalidad de traducción en que el traductor provisto del texto escrito, realiza traducción en voz alta y sin previa preparación del contenido del documento. (presenta dificultades de improvisación que pueden comprometer la calidad de la traducción si no nos encontramos ante un profesional muy experimentado y con sólidos conocimientos jurídicos.)

íntimamente con el derecho de defensa en cuanto al derecho preparatorio de la misma y derecho de información. Y así, tanto en materia de interpretación (en el art 2.8) como de traducción (art. 3.9) se erige en una especie de *cláusula de cierre* tras la regulación separada de tales derechos, reseñada en último lugar y señalando que “ La interpretación/traducción facilitada con arreglo al presente artículo tendrá una calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, garantizando en particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa”. Precisamente tras predicar en el artículo 4, la exigencia de *gratuidad*,³¹⁶ de nuevo se dedica un artículo independiente a la referida exigencia de calidad.³¹⁷

En cuanto a la gratuidad “con independencia del resultado del proceso” se recoge aquí la jurisprudencia del TEDH, que consagra el derecho a asistencia gratuita por intérprete “sin que quepa después la posibilidad de reclamar el pago de los gastos de esta asistencia”.³¹⁸

Como complemento del requisito de calidad, el precepto siguiente, incide en la tan necesaria formación de jueces, fiscales y personal judicial que participen en procesos penales el que presten una atención particular a las particularidades de la comunicación con la ayuda de un intérprete, de manera que se garantice una comunicación efectiva y eficaz. Y se exige la llevanza de registros conforme al derecho nacional (arts. 6 y 7).³¹⁹

La Directiva recoge las exigencias derivadas de doctrina jurisprudencial del TEDH que igualmente se ha venido centrando en el reconocimiento de este derecho, su

³¹⁶ Señala que los Estados miembros sufragarán los costes de traducción e interpretación resultantes de la aplicación de los artículos 2 y 3, con independencia del resultado del proceso.

³¹⁷ Art. 5: “1. Los Estados miembros tomarán medidas para garantizar que la interpretación y la traducción facilitadas se ajusten a la calidad exigida con arreglo al artículo 2, apartado 8, y el artículo 3, apartado 9. 2. Con objeto de fomentar la idoneidad de la interpretación y traducción, así como un acceso eficaz a las mismas, los Estados miembros se esforzarán por establecer uno o varios registros de traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados. Una vez establecidos dichos registros se pondrán, cuando proceda, a disposición de los abogados y las autoridades pertinentes”.

³¹⁸ Vgr. STEDH dictada en as. *LUEDICKE, BELKACEM AND KOÇ v. Alemania*, nº 6210/73, 6877/75, 7132/75, 28 de noviembre de 1978, Series A nº 29. (En el ámbito de la UE también se ha propugnado que los costes fueran asumidos por propia UE a través de los programas AGIS). La LO española de transposición establece su gratuidad, “con independencia del resultado del proceso” (art. 123.1 LECRIM *in fine*).

³¹⁹ Se exige a los Estados miembros garantizar la constancia de diversas eventualidades previstas en la Directiva “recurriendo al procedimiento de registro previsto por el derecho nacional del Estado miembro en cuestión”. Son los supuestos de interrogatorio mediante intérprete en virtud del artículo 2, cuando se facilite una traducción o resumen oral en virtud del artículo 3, apartado 7, o cuando se produzca una renuncia de los derechos en virtud del artículo 3, apartado 8. (la propuesta de DM 2004 preveía en su art. 9 la *obligatoriedad* de grabación (sonido o imagen) para el control sobre exactitud o veracidad de la interpretación (entre los Estados contrarios estaba Alemania por razón del elevado coste económico y la distinta regulación nacional sobre la admisibilidad de las grabaciones). Es de lamentar que no haya sido posible alcanzar ese consenso que hubiera sido sin duda más garantista.

gratuidad y ámbito de aplicación y la garantía de calidad de su contenido.³²⁰ También explicita una exigencia de garantía sobre el respeto impuesto a intérpretes y traductores sobre el “carácter confidencial inherente a los servicios de interpretación y traducción facilitados de conformidad con la presente Directiva”.

Valorando la regulación de estos derechos contenida en dicha norma, ha de ser calificada como demasiado genérica y sólo medianamente garantista permitiendo un amplio margen al legislador nacional en su implementación. Sin embargo, no puede menospreciarse su importancia en una doble dimensión. Simbólica en tanto que supone un primer paso decidido en el ejercicio de la vocación armonizadora /aproximadora de la UE en materia de garantías procesales, relanzada en el citado Programa de Estocolmo, E igualmente reveladora en tanto que lo que parece un derecho puramente *instrumental*, menor o accesorio, en el amplio abanico de los derechos fundamentales procesales es sin embargo eje esencial del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva (y juicio equitativo) y *per se* uno de los derechos más significativos en un espacio europeo plurilingüe en que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (y por ende de lengua materna) ha de ser irrenunciable y efectivamente tutelado.³²¹

Y material o de fondo, en tanto que contiene una regulación que, pese a aceptar *a priori* (sin conformarse) su condición de regulación “de mínimos,” muy lejos de ser “revolucionaria” (fruto de un difícil consenso), podría conllevar sin embargo cambios esenciales y trascendentes en la regulación actual de la materia y una evidente armonización en el espacio europeo. *De lege ferenda* las posibilidades de desarrollo nacional de esta norma y de configurar una verdadera dimensión europea de la misma eran sin embargo prometedoras. Lamentablemente las expectativas no han sido cumplidas por la tardía y poco elaborada norma de transposición de la misma al ordenamiento jurídico español, (Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que implementa conjuntamente 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).³²²

³²⁰ Vgr. la STEDH dictada en as. *KAMAS/INSKI* establecía la obligación de las autoridades de designación de intérprete y también el control subsecuente en relación a la interpretación realizada. (*KAMAS/INSKI* v. *Austria*, nº 9783/82, 19 de diciembre de 1989, Series A nº 168).

³²¹ Nótese en todo caso que no solo abarca la necesidad provocada por el desconocimiento de la lengua sino también afecta a situaciones exigidas por limitaciones “auditivas o de expresión oral, lo que enlaza con la también preceptiva tutela de derechos de personas especialmente vulnerables.

³²² Citada en nota 293.

Desde el punto de vista temporal, partiendo de la consagración “preprocesal” del ejercicio del derecho (efectivamente adelantado en muchos Estados, como España al momento del interrogatorio policial), hubiera sido deseable que se extendiera su vigencia expresa más allá de lo estipulado en la Directiva, comprendiendo también momentos posteriores a la firmeza de la sentencia, en fase de ejecución, ampliando así el radio garantista de los derechos fundamentales del ya reo. (Importante si tenemos en cuenta que importantes intereses pueden estar en juego en dicha fase ejecutiva).³²³

Siendo positiva la regulación separada y por tanto más rigurosa verificada por el texto de la Directiva (en arts. 2 y 3) de ambas actuaciones de interpretación y traducción en ocasiones confundidas en la regulación nacional y que no necesariamente gozan de los mismos requisitos o garantías en su ejercicio, no se comprende la opción del legislador español de regular conjuntamente ambos derechos.

De forma razonable, la Directiva no contempla la renuncia a la interpretación (y sólo en determinadas condiciones del art 3.8 a la traducción de documentos: cuando haya recibido asesoramiento jurídico previo o pleno conocimiento de sus consecuencias es decir, siempre inequívoca y voluntaria. En cuanto a la regulación de dicha eventual renuncia a la traducción de documentos ha de tenerse en cuenta el necesario ahorro de tiempo y medios materiales que conlleva tal posibilidad cuando debidamente asesorado no precise de la disponibilidad de tales documentos traducidos.³²⁴ Parece exigible en tal caso que estén en el idioma de su letrado defensor, que pueda verbalmente constatar la veracidad o circunstancias reflejadas con el mismo con su patrocinado sin que entonces sea lógicamente preciso hacerle formal y completa entrega de su texto traducido. El derecho de defensa restaría incólume.³²⁵

Sin embargo en cuanto a la interpretación es evidente que quien no comprende el idioma en que se está desarrollando un proceso frente al mismo ha de ser necesariamente asistido de intérprete (quizá incluso contra su voluntad expresa, vgr si sostiene eventualmente una actitud de clara rebeldía o indiferencia ante el tribunal). La LO 5/2015 de transposición recoge la posibilidad de renuncia a tales derechos a la traducción en el nuevo artículo 126 LECRIM, en los mismos términos de la Directiva, si

³²³ La Directiva excluye expresamente del ámbito de aplicación temporal la ejecución de la resolución definitiva (a excepción obviamente, de la ejecución de una orden de detención europea). La transposición española no lo ha contemplado siquiera en relación a este instrumento.

³²⁴ Vgr. si son documentos muy técnicos y que en ocasiones el imputado o acusado ni siquiera leería de estar en su idioma.

³²⁵ Como también en un supuesto de conformidad del acusado con los cargos que se le imputan en supuestos de comisión del delito *in fraganti*. (en que *a priori*, al imputado que ante la evidencia reconoce los hechos, poco le importará la documentación probatoria accesorio del atestado).

bien llama la atención negativamente que no excluya de la posibilidad de renuncia en cuanto al derecho de interpretación *en general*, sino solo al previsto en extremos a) y c) del art 123.1³²⁶, excepcionando el derecho de interpretación relativo a las conversaciones con su letrado (letra b del art. 123)³²⁷, que sí sería renunciable. Ello resulta absurdo ya que entonces, ¿Cómo podría haber recibido un asesoramiento jurídico previo al efecto de renunciar a una eventual traducción? El legislador nacional ha recortado absurdamente la garantía fijada en la Directiva en cuanto a la irrenunciabilidad de la misma.

De lege ferenda, resulta complejo establecer el mecanismo a que se refiere el art 2.4 de la Directiva para determinar si el “sospechoso o acusado” habla y entiende la lengua. A expensas de como sea implementada en los distintos derechos nacionales, *a priori* parece bastante inoperante poder cumplir esa previsión como requisito previo *sine qua non* para el nombramiento de un intérprete en tanto que cualquier “mecanismo” de control que pudiera establecerse por los Estados por simple que fuera (vgr. entrevista con el intérprete o persona al efecto con conocimientos lingüísticos en ambas lenguas , elaboración de un somero test etc...), en todo caso parece suponer un requisito superfluo y dilatorio, que nada añade a la más razonable opción de que simplemente se dote de dicho intérprete a quien así lo solicite afirmando padecer claras dificultades de expresión o comprensión. Más lógico sería establecer únicamente la posibilidad de este mecanismo adicional de control en el caso en que se detectase un supuesto de abuso o mala fe o animo meramente dilatorio del imputado. Dicha interpretación cabe en la literalidad y finalidad del precepto y podría ser acogida en la norma de transposición evitando dilaciones y costos innecesarios. No lo ha hecho así la citada LO 5/2015 en nuestro ordenamiento que tampoco ha arbitrado dicho mecanismo, limitándose a dejar a la discrecionalidad judicial dicha comprobación.³²⁸

Y en cuanto a las funciones tuitivas que sobre estos derechos ha de desplegar el Juez, es esencial y positiva la previsión expresa de la Directiva ofreciendo de forma

³²⁶ Art. 123. 1 a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales y c) Derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.

³²⁷ b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.

³²⁸ Artículo 125.1.LECRIM (introducido por la citada LO): “ Cuando se pongan de manifiesto circunstancias de las que pueda derivarse la necesidad de la asistencia de un intérprete o traductor, el Presidente del Tribunal o el Juez, de oficio o a instancia del Abogado del imputado o acusado, comprobará si éste conoce y comprende suficientemente la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación y, en su caso, ordenará que se nombre un intérprete o un traductor conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y determinará qué documentos deben ser traducidos”.

efectiva al sospechoso o acusado la opción al *doble recurso judicial* (contra la denegación del derecho y de impugnación de la calidad del mismo), que ha de suponer una mejora sustancial en el ejercicio de las garantías procesales también en el derecho español (que contempla de forma análoga esa posibilidad de impugnación en el nuevo art.125.2 LECRIM). El hecho de que no haya existido hasta ahora una regulación clara y taxativa en la materia ha dificultado la invocación vía recurso de la eventual vulneración de tales derechos desde un primer momento (esencial para la preparación de la defensa y el propio ejercicio de la misma mediante la propia declaración prestada en el Juzgado de guardia). Y ello, en tanto que, siendo las decisiones del Juez de instrucción recurribles de conformidad con el régimen ordinario de recursos, (recurso de reforma o en su caso el que proceda contra la resolución recaída con ocasión de la actuación de la persona con dificultades de comprensión o expresión), al efectuarse frecuentemente las peticiones o quejas en tal sentido, precisamente en situaciones de urgencia y en sede del juzgado de guardia y de forma oral (por el detenido o su letrado), ha conllevado generalmente una resolución también por dicha vía (y a veces sin registro audiovisual alguno ni motivación), dificultando notoriamente una posterior impugnación en tal sentido. Previsiblemente la nueva situación supondrá una efectiva mejora desde el punto de vista de las garantías de calidad exigidas por la norma.

Al respecto ha supuesto un avance extraordinario desde este punto de vista, la grabación audiovisual o meramente sonora que con frecuencia va implementándose en nuestros juzgados (mas generalizadamente con ocasión de comparecencias de orden de protección o prisión provisional o las propias de los juicios rápidos) bien que con mayor prontitud en unas Comunidades Autónomas, que en otras. En ese sentido y en relación con la llevanza de registros exigida por el artículo 7 de la Directiva, sería deseable *de lege ferenda* una apuesta decidida del legislador nacional por tales medios en detrimento de los escritos, (la tradicional acta) que por su lentitud y escasa fiabilidad en la transcripción no dan fe alguna de la calidad de la interpretación de la declaración. La regulación de implementación en España se ha quedado en un punto intermedio, señalando la utilización de medios audiovisuales como potestativa.³²⁹

En todo caso, ese doble recurso judicial previsto en la Directiva permitirá sin género de dudas un avance en el ámbito de los derechos del sospechoso/acusado

³²⁹ El nuevo art. 123.6. de la LECRIM preceptúa que: "Las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del apartado 1, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. En los casos de traducción oral o en lengua de signos del contenido de un documento, se unirá al acta copia del documento traducido y la grabación audiovisual de la traducción. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito".

legitimando una impugnación independiente y separada de las vicisitudes del ejercicio de este concreto derecho, sin precisar que sea examinado en relación o subordinación con otros derechos fundamentales, como lo ha sido frecuentemente hasta la fecha, en que se vincula la vulneración del derecho a la producción de efectiva indefensión o vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.³³⁰

Con la posibilidad del doble recurso se permite en todo caso una posible subsanación previa de los eventuales defectos de asistencia o calidad sin tener que relegar su denuncia a fases posteriores del procedimiento (cuando ya puede ser tarde y consumada la lesión del derecho de defensa) y sin imponer a la defensa del imputado la siempre difícil prueba de que efectivamente dicha vulneración de derechos resultó trascendente o no para dicha defensa (u otros derechos fundamentales en conexión con aquel como la presunción de inocencia).

Nótese que con frecuencia la valoración subjetiva del Juez del acervo probatorio no se explicita íntegramente de forma motivada en sus resoluciones (vgr. auto de transformación del procedimiento en abreviado), de suerte que pueda ser luego revisada en su totalidad la virtualidad efectiva de las pruebas practicadas en la instrucción. Y estas bien pudieran estar influidas por iniciales declaraciones del imputado asistido de intérprete y luego contradichas por el mismo, que sin embargo quizá fueron valoradas por el instructor como más espontáneas o veraces, cuando en realidad obedecían a una deficiente comprensión inicial, por ejemplo del alcance de su derecho a no inculparse en su declaración. (Con la vulneración del derecho de defensa que ello conllevaría).

Puede ponerse en duda la eficacia del recurso de impugnación de la calidad a tenor del desconocimiento del sospechoso de la lengua de que se le traduce (y en sentido inverso su letrado), pero si bien es cierto que en un primer momento puede efectivamente ser casi imposible constatar una eventual falta de calidad en la traducción e interpretación, es perfectamente posible que con posterioridad se produzca un cotejo entre lo que consta en autos y la información asimilada por el sospechoso, que permita constatar ese déficit e impugnarlo. Del mismo modo, también en el momento inicial el propio sospechoso podrá recurrir la actuación del intérprete que le asiste si entiende que, por ejemplo, no domina correctamente su idioma u ofrece explicaciones ininteligibles o confusas para el mismo.

³³⁰ STS (Sala de lo Penal) 999/2008 de 17 de enero de 2008, (Recurso: 1146/2007), (ECLI: ES: TS: 2008:999).

En tal sentido, es lamentable que la regulación sobre la llevanza de registros haya sido tan recortada en el texto de la Directiva (en relación a la Propuesta) y finalmente se remita a cada legislación nacional y solo para los supuestos de mayor trascendencia (declaración o interrogatorio, resumen oral excepcional de los documentos esenciales y renuncia a derecho de traducción) cuando encierra la verdadera posibilidad de control de garantías procesales. Una grabación generalizada de la actuación del intérprete permitiría un control de la calidad de su actuación en cualquier fase del proceso con valoración de la eventual relevancia de errores, excesos o defectos en su actuación en relación con el derecho de defensa del sospechoso o acusado en forma íntegra y objetiva.

En cuanto al objeto concreto de la interpretación y la traducción, de un lado la Directiva no agota la regulación sobre el alcance objetivo efectivo que ha de tener la labor del intérprete. Y así no explicita si ha de “traducirse” todo lo que se desarrolle “ante las autoridades de la investigación y judiciales”. Es muy positivo que expresamente en art 2.2 garantice un servicio de interpretación entre el sospechoso y su abogado, especificando “en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración (...) o presentación de un recurso u otras solicitudes procesales”. completando así la referencia del art 2.1 a “todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias”. Pero, sin embargo, el texto legal permitiría una norma de transposición que dentro de la amplitud de estas normas limite la interpretación a aquellos diálogos o interrogatorios en que el sospechoso o acusado sea *parte directa*, obviando los que se desarrollen al margen de la intervención personal del mismo pero en el mismo proceso (y en lengua desconocida para él aunque no para su letrado).

En cuanto a las Diligencias de Instrucción en que el imputado no sea parte, parece razonable que con ocasión de las entrevistas con su letrado (para presentar un recurso u otras solicitudes procesales (y en el ámbito del art 2.2), sean aprovechados los servicios del intérprete para dar cuenta oral a su patrocinado del contenido de otras declaraciones que se hubieran vertido en el proceso.³³¹ En cuanto al juicio oral, es loable que la LO 5/2015 en nuestro ámbito, expresamente haya preceptuado el derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral. (Art. 123.c) LECRIM en su nueva redacción).

³³¹ (A las que habría asistido su letrado, existiendo acta o soporte sonoro de las mismas, que sin embargo posiblemente no estaría comprendido en el concepto de documento esencial susceptible de traducción del art.3).

En cuanto al derecho a la traducción y en relación con lo expuesto, parece razonable el mínimo descrito en ese art 3.2 como documentos “esenciales” objeto de traducción escrita (*iuris et de iure*: la privación de libertad, escrito de acusación y sentencia) así como las facultades de calificarlos como tales que, en cada caso determinado, se atribuyen a “las autoridades competentes” (art 3.3), facultad que *de lege ferenda* ha de preservarse a favor de las autoridades judiciales (o en su caso fiscales, si asumen funciones instructoras) sin que haya de sucumbir el legislador a la tentación de tratar de prefijar su contenido (lo que raras veces clarifica sino al contrario) acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados que luego adicionalmente exigen igualmente una labor hermenéutica posterior. (En tal sentido, prudentemente el legislador español ha “calcado” la norma europea).

En relación a la ODE (art 3.6), se señala la preceptiva traducción escrita y completa del documento en que conste, sin prever limitaciones ni valoración sobre la pertinencia o no en relación a determinadas partes de la misma, (a diferencia del art 3.4) por lo que *a priori* no cabría limitar dicha previsión por parte del legislador nacional. (En el supuesto español no ha hecho consideración alguna en tal sentido).

Distinta es la valoración necesariamente negativa que ha de hacerse de la excepción general al derecho de traducción escrita que permite su sustitución por un resumen oral de los documentos esenciales, (art. 3.7), sin que la previsión genérica de que “no afecte a la equidad del proceso” sirva de auténtico límite al recurso a la misma. Y así, sorprendentemente, no se condiciona a determinadas circunstancias que lo justifiquen. Es quizá lo más censurable de la Directiva avalando una auténtica “vía de escape” a aquellos Estados a quienes resulte más costoso el cumplimiento de esta obligación. *De lege ferenda* y para respetar esa “excepcionalidad” habría de subordinarse a ciertas circunstancias objetivas siquiera apuntadas por el legislador nacional (razones de urgencia para evitar dilaciones indebidas del procedimiento o preclusión de plazos procesales, costo desproporcionado , excesivo volumen de la misma) y en todo caso desde una perspectiva restrictiva ya que la propia definición de documentos esenciales de la Directiva es bastante exigua, no siendo aquellos los que frecuentemente plantean problemas efectivos de traducción.³³²

Como propuesta, amén de limitar a supuestos concretos y bien definidos esa posibilidad de excepción, parece razonable exigir al legislador nacional que regule

³³² Vgr. podrían existir en la causa informes periciales muy complejos que podrían ser excluidos por el órgano judicial de dicha calificación o en su caso limitada su esencialidad a las conclusiones contenidas de los mismos y sin embargo muy relevantes para la defensa.

expresamente la necesaria subsanación de esa provisional traducción oral con su posterior documentación total o siquiera parcial a la mayor brevedad.³³³

En todo caso, resulta positivo (y supone un salto cualitativo desde ese punto de vista de la “calidad”), el hecho de que la Directiva parezca optar decididamente por la profesionalización de los intérpretes y traductores y por excluir la interpretación “oficiosa” permitida en muchos ordenamientos y que ninguna garantía auténtica ofrece al imputado (que solo podría fiarse en su caso de la buena fe de su “acompañante” o traductor voluntario sin constancia de rigor alguno en dicha actuación).³³⁴ En la misma dirección es muy loable el énfasis del legislador europeo a la exigencia de calidad en el desempeño de estas funciones. No está prevista a los efectos meramente retóricos sino como esencial para el ejercicio de este derecho en tanto que instrumental e inseparable del completo ejercicio del derecho de defensa (y a la información) y garantía de equidad del proceso.³³⁵

Si bien el PE abogaba por disposiciones más estrictas, el texto de la Directiva es el resultado del consenso final que exige ese objetivo (art. 5) y como medidas a adoptar por Estados miembros la de establecer uno o varios registros de traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados. En coherencia con dicha exigencia se adiciona la de la confidencialidad que solo podrá ser exigible a un cuerpo bien definido y regulado, tan lejos de la realidad de la Justicia española hoy (y de muchos Estados miembros).

En España la regulación preexistente a la implementación de la Directiva era confusa y fragmentada (entre la LOPJ y LECRIM) pudiendo calificarse de obsoleta e insuficiente, incluso muy permisiva con la actuación subsidiaria de intérpretes oficiosos en algunos casos. La posibilidad de primar el derecho a la interpretación frente a la necesaria titulación solo podría mantenerse como excepcional y subordinada a una rigurosa justificación (vgr. en supuestos en que sea una lengua muy desconocida o minoritaria).

Existe hoy en la realidad española una palmaria falta de regulación de la profesión y una generalizada falta de formación específica para el desarrollo de tales funciones en el foro, siendo tan diversas e irregulares las vías de acceso que de ningún

³³³ Vid. art. 123.6 LECRIM en su nueva redacción. (nota 329).

³³⁴ En nuestro entorno, excepcionalmente se mantiene esa posibilidad de *habilitar* un intérprete en supuestos de urgencia en el nuevo texto del art.124.LECRIM.

³³⁵ Así deriva de su reiteración a lo largo del articulado, la regulación de los recursos para garantizarla y la disposición relativa a la llevanza de un registro -bien que el “previsto por el derecho nacional”- que sin duda permitirá la eventual viabilidad de dicha impugnación.

modo puede entenderse garantizado el derecho cuyo estudio nos ocupa. Existe además un problema añadido: la desconfianza en los intérpretes (a veces por los propios sospechosos que los consideran parte del “aparato judicial”) y la escasa exigencia a los mismos de la debida confidencialidad y respeto a las normas del código deontológico. Además del problema existente sobre el nivel efectivo de conocimientos lingüísticos del intérprete y la calidad de su trabajo, en ocasiones una cierta *familiarización* con los trámites procesales por su parte (sin los suficientes conocimientos técnicos del mismo), conllevan una no infrecuente extralimitación en sus funciones, asumiendo una suerte de asesoramiento jurídico oficioso y a veces peligroso al imputado.³³⁶ Todo ello sólo puede ser subsanado con un eficaz sistema de grabación audiovisual que igualmente “prevendría” sobre dichas prácticas al bienintencionado intérprete, dada la posible ulterior exigencia de responsabilidad al mismo, que podría derivar del examen objetivo del soporte audiovisual. Solo así podrá evitarse que se convierta más en un enemigo que en aliado de quien requiere su asistencia.³³⁷ La actual situación española prácticamente carece de control de calidad efectivo y adolece de una generalizada falta de idoneidad en la elección de los profesionales, no existiendo un criterio riguroso de selección de los mismos ni unas normas de exigencia de su conocimiento de la lengua en cuestión desde un nivel técnico jurídico específico, que se revela esencial para su cabal desempeño. Reclama una urgente reforma como así ha venido siendo exigido doctrinalmente y desde el propio colectivo profesional³³⁸. Solo así podrá ser efectivo el objetivo de calidad y confidencialidad exigido por la normativa europea en coherencia con la importancia de los derechos fundamentales en juego.

Examinadas las anteriores propuestas *de lege ferenda*, y las precisiones sobre la implementación concreta de la Directiva en nuestro ordenamiento nacional, ha de efectuarse una somera crítica de la citada LO recientemente aprobada al efecto (Ley

³³⁶ Por ejemplo, decide silenciar hechos que considera que podrían comprometer al interpretado en el ejercicio del derecho a no inculparse en su declaración o modifica parcialmente su contenido cuando el mismo ha incurrido en varias contradicciones, tratando erróneamente de imponer una cierta coherencia a su declaración (cuando precisamente lo valioso de la misma sería la constatación de sus reticencias o contradicciones).

³³⁷ Han sido interesantes múltiples iniciativas de la UE (Proyectos *Grotius*, *Agis* (programa sobre cooperación policial y judicial en materia penal) y *Trafut* (*training for the future. Implementation of the EU Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*), con el objetivo principal de fomentar normas y mejores prácticas equivalentes a nivel internacional en este ámbito para la construcción del ELSJ. Muy a largo plazo sería deseable ir más allá de tales iniciativas con la eventual creación de un sistema de traductores centralizado a nivel europeo, que pudiera agilizar la prestación de tales servicios, en especial de traducción de documentos desde cualquier punto de UE mediante servicio único, proyecto posibilitado técnicamente por las actuales vías de información pero quizá no tan viable económicamente en el actual momento de crisis que afecta a la UE.

³³⁸ Fue objeto de formal protesta la primera iniciativa del Ministerio de Justicia de implementar esta Directiva de manera accesoria a la reguladora de los derechos de las víctimas, imponiéndose finalmente el criterio lógico de su regulación independiente de aquella, bien que conjunta con la relativa a los derechos de información.

Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985). La norma resulta ciertamente decepcionante desde un punto de vista técnico y parece haber sido redactado con una cierta precipitación y con vocación de provisionalidad, debido de un lado, al vencimiento del plazo para dar cumplimiento a la Directiva (desde el 27 de octubre de 2013) y de otro, a la previsible dilación en la aprobación del Código Procesal actualmente en discusión. Se ha optado por una reforma previa de una LECRIM que hace ya tiempo tiene fecha de caducidad. Y así, para implementar esta Directiva, se ha incluido en el Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un nuevo Capítulo II dedicado a la regulación “Del derecho a la traducción e interpretación”.

Formalmente, la norma resulta insatisfactoria ya que si bien no llega confundir los conceptos entre traducción e interpretación, acomete una regulación conjunta de ambas actividades, mezclándolas en su articulado por lo que su desarrollo resulta más desordenado que la Directiva, dificultando la labor del operador jurídico.

Desde el punto de vista material y como era previsible, el legislador se ha conformado con recoger sucinta y bastante fielmente el contenido de la norma europea pero sin efectuar aportaciones de interés y perdiendo una oportunidad histórica de introducir mejoras de calado desde el punto de vista de la efectiva tutela de este derecho. Y así, concretando las actuaciones preceptivas de asistencia del intérprete, incluye el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales. (Estas actuaciones y las del juicio oral serán las únicas irrenunciables). Y en cuanto a la traducción, al concretar los documentos *esenciales* para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa (también en sentido idéntico a la Directiva) señala que han de ser traducidas, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia, preceptuando el derecho a presentar una *solicitud motivada* para que se considere esencial un documento pero sin estipular ni regular los recursos específicos que han de existir frente a una eventual denegación. En cuanto a la regulación sobre la interpretación, extensiva a las conversaciones con el letrado, es coherente con la de la Directiva y podría suponer una cierta ampliación de las actuales prestaciones de tales servicios, que a menudo se limitan a los momentos inmediatamente anteriores a las comparecencias judiciales, si bien no parece sencillo arbitrar en la práctica cómo habrá de organizarse dicho servicio³³⁹.

³³⁹ Vgr. si ha de ser preparado el recurso en dependencias del Juzgado y en fechas concretadas con el oportuno servicio de traducción e interpretación, la duración máxima del mismo etc...Ha de ponerse de manifiesto cómo el Proyecto de LO de 13 de marzo de 2015, Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las

Lamentablemente, exige el legislador nacional garantías meramente genéricas para la renuncia frente a estos derechos (que sea expresa y libre, y tras un asesoramiento jurídico suficiente). Tampoco se incluyen eventuales garantías adicionales para conseguir un servicio efectivo y de calidad ya que la LO se limita a recoger la necesidad de que la decisión del Juez al respecto (denegando el derecho a la traducción o interpretación de algún documento o pasaje del mismo que la defensa considere esencial, o rechazando las quejas de la defensa con relación a la falta de calidad) sea “documentada por escrito” o que, en el juicio oral, se recoja en acta la “protesta” al respecto. Se remite al régimen general de recursos frente a dichas decisiones, sin especificar especialidad alguna al respecto.

Frente a la previsión de la Directiva tampoco se desarrollan procedimientos efectivos ni detallados de control, limitándose a posibilitar diversas “comprobaciones” que se encomiendan con casi total libertad a las autoridades intervinientes. Lo más relevante de esta regulación es precisamente el renovado protagonismo tutelar que se confiere al MF ya en previsión de sus futuras labores instructoras en el inminente cambio legislativo. Como único extremo práctico es igualmente positivo que se haya explicitado la suspensión de plazos procesales en tanto se cumplimente la traducción.

Sin embargo de forma claramente insuficiente, (en ausencia de todo criterio objetivo que pudiera permitir una eficaz impugnación o revisión) se deja a la total discrecionalidad judicial (y del MF) la adopción de las medidas especialmente destinadas a salvaguardar estos derechos. Y así se les otorga la mera facultad de exigir en determinados casos (pese a que pudieran utilizarse medios de telecomunicación) la presencia física del intérprete “para salvaguardar los derechos del imputado o acusado” así como la mera facultad (que no obligación) de documentar las interpretaciones orales, mediante la grabación audiovisual (de la manifestación original y la interpretación), permitiendo sin embargo su sustitución por mera documentación escrita. De otro lado, es loable que se fije la regla general de grabar la traducción oral de documentos, aunque igualmente se permita su excepción de forma amplísima.

En el mismo sentido resulta muy vaga y quizá peligrosa desde un punto de vista tutelar, la posibilidad excepcional ya apuntada, de obviar a los profesionales incluidos

medidas de investigación tecnológica (por el que se pretende implementar la posterior Directiva en materia de asistencia letrada) ya en su fase de Anteproyecto, (paralelamente a la tramitación de la LO que nos ocupa), incluía novedades que suponen de forma indirecta una ampliación de los derechos de interpretación y traducción tal y como los contemplaba el entonces proyecto para su implementación, lo que no es sino otro ejemplo más de la improvisación y falta de rigor que rige la conducta del legislador español en esta materia, así como de la precariedad de las reformas procesales que se van sucesivamente aprobando en forma fragmentada.

en los listados elaborados por la Administración competente, permitiendo que se habilite como intérprete o traductor judicial eventual a otra persona conocedora del idioma empleado que se estime capacitado para el desempeño de dicha tarea. En todo caso, es positiva la reforma de la LOPJ erradicando preceptos obsoletos como el artículo 231.5 de la misma que ahora se remite a la nueva regulación procesal.³⁴⁰

A ello ha de añadirse que queda pendiente la elaboración (que se difiere en el tiempo) del tan ansiado Registro Oficial de Traductores e Intérpretes judiciales, como mecanismo necesario para garantizar la adecuada realización de esta tarea (y a que se refiere la Disposición Final 1ª de la LO en previsión de una futura Ley).

No cabe, por todo lo expuesto, sino emitir un juicio básicamente negativo sobre la concreta implementación de esta Directiva en nuestro ordenamiento. En ausencia de normas complementarias (que quizá indirectamente habrán de derivar del resto de implementación pendiente de las otras Directivas interconectadas con esta) y de un riguroso desarrollo del futuro Registro, ninguna novedad reseñable cabría extraer de la nueva regulación frente al panorama actual. La potencialidad tutelar puesta de manifiesto por la Directiva en relación al desarrollo de una dimensión europea más completa y garantista de tales derechos habría quedado prácticamente neutralizada.

b) EL DERECHO A LA INFORMACIÓN sobre derechos y sobre la acusación

b1) Garantizando el acceso a la información: *Guiando a Kafka por el laberinto*

Todo “proceso” iniciado de forma sorpresiva en un país ajeno al de la nacionalidad o residencia del “sospechoso o acusado” (o con cualquier elemento supranacional que complique el ya frecuentemente farragoso *iter* policial y judicial), puede convertirse en una pesadilla de tintes kafkianos, o un desesperante laberinto de problemática salida si no cuenta con una puntual, completa e inmediata información

³⁴⁰ No siendo ya posible “habilitar como interprete a un “mero conocedor”. En la práctica, ha de señalarse que esa posibilidad en nuestro foro, se está utilizando en forma muy excepcional y ya ni tan siquiera en juicios de faltas, recurriéndose a ella en su caso en declaraciones de perjudicados o testigos, nunca de imputados, suspendiéndose la diligencia si no se cuenta con intérprete en momento de la misma. No se olvide que la disponibilidad de intérprete no es inmediata sino que ha de ser previamente solicitada al correspondiente servicio (distinto según Comunidades Autónomas) y solo es proveída de forma casi inmediata en supuestos de asistencia al detenido en el Juzgado de guardia.

para el sujeto pasivo de aquel, tanto respecto a los derechos que efectivamente el mismo podrá hacer valer desde el inicial conocimiento de su imputación como del objeto de la acusación que incluso embrionariamente se está generando frente a él.

Es por ello que el reiterado artículo 6.3 CEDH en sus extremos a) y b) contemplan ese *derecho a ser informado de la acusación y preparación de la defensa* como una de garantías básicas en relación con los principios de contradicción e igualdad de armas. Precisamente el CEDH contempla el derecho a la información uniéndolo a los preceptivos requisitos de brevedad de plazo, formalidad, comprensión lingüística y exhaustividad.

La salvaguarda de esta garantía procesal exige una cierta exhaustividad en su contenido: ha de comprender los hechos (un relato fáctico) y su calificación jurídica, así como las posteriores modificaciones de unos u otros. Se encuentra en íntima conexión con el derecho a preparar la defensa y la efectiva salvaguarda de la equidad del proceso.³⁴¹

Afecta a la esencia del principio de contradicción y en tal sentido ha sido considerado uno de los derechos *nucleares*.³⁴² Se incluye en los *derechos de defensa* (ex. art. 48.2 Carta y art 6.3 a) del CEDH). Obviamente a tenor de la Carta tendrán igual sentido y alcance que el consagrado en el Convenio interpretado por la jurisprudencia del TEDH. Es un derecho instrumental en el sentido de ser garantía del derecho de defensa y estar preordenado a la misma.³⁴³

En cuanto a su ámbito temporal, perdura a lo largo proceso y su transmisión tardía puede generar indefensión. Ese criterio temporal ha de ser puesto en relación con la subrayada exigencia de exhaustividad.

³⁴¹ En la Directiva relativa al derecho a la información se detalla en su art. 6 el contenido de ese derecho "para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa". El propio considerando 27 expresa esa finalidad *preparatoria*. Es obvio que el derecho de interpretación y traducción es a su vez presupuesto o *conditio sine qua non* de éste en cuanto que sin él no es posible alcanzar una cumplida información en caso de lengua desconocida para el imputado o dificultades de comprensión o expresión del mismo.

³⁴² Siguiendo la terminología de CALDERÓN y SANCHÍS, (*op.cit.*, nota 258) dentro del conjunto de garantías del 6.3 CEDH pueden distinguirse derechos instrumentales y nucleares (según la menor o mayor vinculación de las garantías al principio de contradicción). La función de los meramente instrumentales sería asegurar la viabilidad de los nucleares y permitir su preparación, desarrollo y ejecución.

³⁴³ STEDH recaída en as. ZAICEVS (*ZAICEVS v. Letonia* nº 65022/01, 31 de julio de 2007) y también la STC (Sala 2ª) 297/1993, de 18 de octubre de 1993, (Recurso de amparo 612-1992), BOE núm. 268 de 09 de noviembre de 1993. Ésta declara que ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación.

En los supuestos de detención (art. 5.2 CEDH) se establece el plazo más breve posible para informar sobre motivos detención y acusación³⁴⁴ como garantía elemental. La doctrina jurisprudencial del TEDH no parece exigir *inmediatez* pero comprende el interrogatorio policial como momento en que ha de procurarse dicha información. Sin embargo, no entiende violado el precepto si en un primer momento existe una indicación genérica de los motivos detención.³⁴⁵

La regulación española es muy garantista, exigiendo *inmediatez* en los supuestos de detención (art 17.3 CE y 520.2 LECRIM, que en su redacción previa a la implementación de la Directiva ya exigía completa e inmediata información).

En los supuestos de no detención, el TEDH exige información en tiempo útil y oportuno (a efectos de articular la defensa sería el momento de imputación fundada, cuando nace tal derecho a la defensa, incluso el momento de admisión de denuncia o querella).

En el ordenamiento español, el art 118 LECRIM (aún en vigor, al no haber transcurrido el plazo legalmente previsto para la vigencia de la reforma relativa al mismo en LO 5/2015) señalaba que “*inmediatamente*” ha de ponerse en conocimiento la imputación³⁴⁶. No ha de ser tan prematura que derive de forma automática de la primera atribución indiciaria a una persona de la condición de eventual sospechoso (o alegación de la condición de tal en casos de denuncia). Primero, obviamente el Juez ha de efectuar un mínimo juicio ponderativo de hechos y constatada la existencia de ciertos indicios racionales de criminalidad, debe proceder a la comunicación e información al imputado y citarle a declarar en condición de tal. Tampoco puede demorarse en exceso so pretexto de contar con mayores indicios en el curso de la instrucción, que avale más sólidamente la imputación o no de un sospechoso. Lo intolerable del retraso injustificado de una imputación es que, a fin de no estigmatizar injustificadamente al imputado

³⁴⁴ STEDH dictada en as. *MURRAY* (citada en nota 220).

³⁴⁵ La Directiva que luego se examinará ha obviado precisar el momento inicial recurriendo al término indeterminado “con prontitud” y exigiendo el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa, concretando en el supuesto de los detenidos (art. 6.2) que han de ser informados “de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido”.

³⁴⁶ “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta *inmediatamente* en conocimiento de los presuntamente inculcados” (art. 118 LECRIM). La LO 5/2015 que implementa esta Directiva en su artículo segundo, modifica este precepto manteniendo prácticamente su literalidad en lo expuesto, con la matización de que la instrucción de sus derechos se efectuará “sin demora justificada”. (A su vez, modifica la redacción del concreto elenco de derechos objeto de información, como se verá en siguiente epígrafe).

cuando son endeble las evidencias probatorias frente al mismo, eventualmente permita realizar una investigación inquisitiva en perjuicio de los derechos del futuro inculpado, luego sorprendido por una acusación tardía o sobrevenida que entorpeciera su defensa, dado lo avanzado en su caso, de la instrucción. La comunicación de tal condición ha de ser en todo caso temprana y revestir las exigencias legales. Así lo viene exigiendo el TC en reiterada jurisprudencia, teniendo también en cuenta que en ocasiones será preciso un cierto y justificado “retraso” en la imputación, que es arma de *doble filo*, estigmatizadora para la opinión pública (en supuestos de personas de cierta relevancia pública o social) pero presupuesto necesario para articular una eficaz defensa.³⁴⁷

³⁴⁷ “Estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECRIM), se frustra aquel derecho fundamental cuando el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento (...) admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado (SSTC 128/1993, de 19 de abril; 129/1993, de 19 de abril; 152/1993, de 3 de mayo; y 273/1993, de 20 de septiembre). Y, por tanto, establecida la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, el Juez deberá considerarla imputada para permitir su defensa y una equilibrada contradicción, sin que la investigación sumarial pueda efectuarse a sus espaldas (SSTC 277/1994, de 17 de octubre; y 149/1997, de 29 de septiembre)”. Dice más adelante: “porque no siempre la condición de imputado aparece en el inicio del proceso penal y es perfectamente posible -y, a veces, lógicamente inevitable- que la implicación de una persona en los hechos delictivos aparezca a resultas de la instrucción. Se remite a Auto TC (Sección 1ª) 211/1990, de 18 de mayo de 1990 (Recurso de amparo 1679-1988) y Auto TC (Sección 1ª) 83/1992, de 23 de marzo de 1992, (Recurso de amparo 571-1991). Esta jurisprudencia ha sido literalmente citada por el Magistrado D. JUAN JIMÉNEZ VIDAL en su voto particular formulado en el controvertido auto de la AP Palma de Mallorca (Rollo 144/13,) de fecha 7 de mayo de 2013, estimando el recurso de apelación del MF (al que se adhirieron la defensa de la infanta Dña. Cristina de Borbón y Grecia, la Abogacía del Estado y las representaciones de Don Iñaki Urdangarín Liebaert y de Don Luis Carlos García Revenga, frente al auto de imputación de aquella. Ha de señalarse que con bastante más rigor técnico que los otros miembros de la Sala (y aplicando el criterio judicial que se sigue en la *generalidad* de las diligencias previas en nuestro país sobre el momento y requisitos para citar a una persona en calidad de imputado) discrepa de la decisión mayoritaria que en este supuesto tan particular y mediático trata de justificar (con poco éxito) la anulación de la citación de Dña. Cristina exigiendo como presupuesto para la misma indicios de criminalidad más propios de un auto de transformación que del estadio procesal del supuesto analizado. Compartiendo plenamente las conclusiones de este voto cuando señala: “No se puede pretender que la convocatoria a declarar ante el Magistrado Instructor contenga la determinación de los hechos que se imputan. La imputación de hechos, conforme a lo que dispone el artículo 775 LECRIM, se debe producir en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción, en la que este informará al declarante “de los hechos que se le imputan”. Ello es así por disposición legal, la información sobre los hechos imputados en cualquier otro momento previo no está contemplada en la legislación procesal penal ni puede ser exigida como requisito de validez de la propia convocatoria”. Continúa señalando que en “procedimientos seguidos *contra personas relevantes* (no aforadas por supuesto) en los que ante la posibilidad de que la utilización del proceso penal pueda estar instrumentalizada o se pretenda la consecución de perversas intenciones de publicidad, deterioro institucional, político o personal, el Juez instructor debe obrar con sumo cuidado a la hora de acordar la imputación, rechazando decretarla de modo indiscriminado (...) para este tipo de casos el Juez instructor puede, y el TC así lo tiene reconocido, la posibilidad de retrasar la imputación para antes de que esta tenga lugar poder valorar su verosimilitud y la indiciaria posibilidad de que el imputado efectivamente haya podido cometer hechos concretos con trascendencia penal (...) Tal posibilidad, desde luego, si bien es admitida por el TC ha de estar justificada, ya que el retraso en la imputación constituye un arma de doble filo, puesto que aunque puede favorecer al imputado, dado que se pretende asegurar la verosimilitud indiciaria de las acusaciones que se ciernen en su contra evitando que el denunciado sea objeto de acusaciones carentes de fundamento, sin embargo, al mismo tiempo la dilación producida a la hora de establecer la condición de parte imputada restringe sus posibilidades de defensa, e incluso puede provocar indefensión, por cuanto hasta que el imputado tenga esa condición no puede ser considerado parte pasiva en el proceso y por tanto no tiene derecho a intervenir contradictoriamente en el mismo y a participar de la investigación”. Es igualmente cierto que, como señala dicho auto la exigencia establecida en el artículo 118.2 de “puesta inmediata de la imputación en conocimiento del investigado debe ser modalizada y completada por la

La *duración* de esta garantía coincide con la vigencia del proceso y se prolonga a la fase de recurso.³⁴⁸ No debe sin embargo “bajarse la guardia” en la tutela sobre la preservación de este derecho en dicha fase, ni por el hecho tan frecuente de que se subordine su trascendencia al resultado o no de la indefensión eventualmente padecida.³⁴⁹ En términos generales, para el TEDH lo relevante no es esa falta de información sino si ha influido en resolución del litigio, poniendo en directa relación el derecho a la información con la idea de indefensión en sentido material. Ha de tenerse en cuenta que la información no es un derecho absoluto o abstracto sino un instrumento en relación con la estrategia de defensa. Ha de concluirse que si nada hubiera variado de haberse conocido la información omitida, no ya en el resultado del recurso sino en las propias alegaciones de la parte (por no incluir hechos o alegaciones nuevas), parece efectivamente absurdo erigir en violación de un derecho fundamental lo que no sería sino un defecto procesal que no ha producido indefensión, y que por ello excluiría un eventual amparo constitucional a tenor de la jurisprudencia del TC o a una sentencia condenatoria por vulneración de derechos por parte del TEDH.

Cosa bien distinta es utilizar la perspectiva del resultado del procedimiento, examinando *ex post facto* las pruebas efectivamente habidas en consideración por el Tribunal en la resolución del asunto. Debe considerarse que la proscripción de indefensión (en relación con este derecho de información) no ha de tenerse en cuenta únicamente en ese sentido tan amplio, (excluyendo una vulneración de defensa si se hubiera obtenido el mismo resultado pese a haber tenido puntual conocimiento, -es decir, siendo igualmente condenado y por mismos motivos-) sino en sentido estricto, examinando si -con independencia del éxito o no en su defensa- disponiendo de la totalidad del acervo informativo se habría defendido de la misma manera. Ese es el *quid*

valoración circunstanciada del instructor,” que en ese caso no solo sopesó minuciosamente son que incluso valoró en exceso los indicios existentes, demoró casi hasta lo intolerable (con la instrucción ya muy avanzada) la imputación de Dña. Cristina e incluso dictó un auto motivado (en lugar de una mera providencia) para dicha citación (absolutamente inusual). Ofrece la evidente conclusión de que solo propia *excepcionalidad* en la persona de la imputada (por su pertenencia a la Casa Real) ha podido provocar esa interpretación tan absolutamente “forzada” de los derechos de defensa y que, de aplicarse a la generalidad de supuestos en que el imputado fuera persona de relevancia o trascendencia pública o mediática, paralizaría de facto una gran mayoría de los procedimientos judiciales de este país. Ha de subrayarse que precisamente en este caso el derecho a la información no se vería comprometido por la dilación en la imputación en tanto que como esposa del otro imputado nunca podría alegar desconocimiento del curso del mismo (aireado en todos sus detalles en los propios medios de comunicación).

³⁴⁸ SSTEDH dictadas en as. *VOISINE v. Francia*, nº 27362/95, 8 de febrero de 2000 y en as. *VERDÚ VERDÚ v. España*, nº 43432/02, 15 de febrero de 2007. En el mismo sentido lo regula la Directiva como se verá, expresamente en el art. 2.1.

³⁴⁹ La última Sentencia citada en nota anterior, tuvo la opinión disidente de dos jueces frente al fallo que concluyó que en las circunstancias examinadas, el hecho de que un documento no fuera notificado no vulneró el derecho de defensa ya que *no se probó en qué le perjudicó ese desconocimiento*. En los votos disidentes se alega que la doctrina jurisprudencial previa señalaba que *el efecto real de las alegaciones sobre el resultado no importa* ya que es preferible que el acusado decida acerca de lo pertinente o no de un documento para su defensa siendo el más indicado para hacerlo. (Se trataba en el caso concreto de la omisión de la notificación del recurso adhesivo a la apelación del MF).

de la cuestión para garantizar la íntegra preservación del derecho a la información como fundamento del derecho de defensa.

En cuanto al contenido y forma de la información que ha de ser prestada, el art 6.3 a) CEDH explicita “de la naturaleza de la acusación” y el art 5.2 CEDH (para supuestos de detención): “motivos detención y cualquier acusación formulada contra él”. Su objeto pues, ha de abarcar todo lo necesario para la defensa: hechos y calificación de los mismos así como la pena solicitada (el contenido exigible obviamente depende del momento procesal). No parece necesario efectuar una calificación jurídica en momento de la detención en que bastaría en su caso, (en fase preprocesal) una relación detallada hechos y motivos de ésta. Si no hay detención, tampoco ha de ser exigible desde el principio la determinación del delito o pena (no siéndolo tampoco en la interposición de una eventual denuncia ni querella). A medida que el proceso avance, la calificación jurídica y la pena se concretarán en los oportunos escritos de calificación (así como en su caso las variaciones jurídicas o fácticas que sobrevengan por hechos nuevos o a resultas de recursos que puedan ser parcialmente acogidos, a lo largo de la fase instructora). Se considerará vulnerado este derecho si existe una nueva calificación de los hechos de que no sean informadas las partes.³⁵⁰

El CEDH no prevé una forma concreta de prestar información sino dos exigencias lógicas: que se facilite en una lengua comprendida por receptor y de forma detallada.

En cuanto a la traducción, el TEDH ha admitido una traducción *verbal*, incluso permitiendo en algún caso la ausencia de traducción escrita del acta de acusación si no se vulneró la defensa y se considera que tuvo un juicio justo a resultas de las explicaciones orales del interprete. Esta jurisprudencia más laxa, ha sido admitida como excepción en la Directiva 2010/64 antes examinada, que pese a aumentar las exigencias en materia de traducción escrita al exigirla como regla general en cuanto a los documentos esenciales (entre los que se encuentra de forma taxativa el escrito de acusación ex art. 3) permite excepcionalmente sin embargo un resumen oral siempre que no afecte a la equidad del proceso (art. 3.7).

³⁵⁰ STEDH dictada en as. *PÉLISSIER Y SASSI v. Francia* (GS) nº 25444/94, 25 de marzo de 1999, Reports, 1999-II. También la Directiva contiene la exigencia doble de información en cuanto a hechos y calificación jurídica así como la obligación de actualización de la información.

Respecto a la exigencia de que sea detallada, El TEDH precisa que ha de ser *circunstanciada*, no excesivamente genérica, comprendiendo hechos y calificación jurídica en forma detallada.³⁵¹

El TEDH matiza que no es un derecho ilimitado, cabe su eventual limitación por otros intereses más dignos de protección, acorde siempre al principio de proporcionalidad. Exige una “justificación razonable”.³⁵² Su limitación ha de ser imprescindible para asegurar el valor de la justicia: asegurar la investigación, impedir interferencias o manipulaciones del imputado que obstaculicen la averiguación de la verdad. Una vez cumplida su finalidad, han de garantizarse las plenas oportunidades de ejercer los derechos correspondientes de alegación y prueba.

En nuestro ordenamiento nacional, el derecho a ser informado de la acusación viene siendo reconocido por la jurisprudencia constitucional con un evidente carácter instrumental respecto del derecho fundamental a la defensa y asistencia letrada. La CE menciona el derecho pero no puntualiza las formas, solemnidades o ritos que han de cumplirse ni los exige. Según el TC, ha de ser garantizado en una doble vertiente: razones de la acusación y acusación misma, incluyendo el derecho a intérprete en caso necesario y remitiéndose, a tenor del art 10.2 CE a la interpretación del CEDH (art 6.3 e) y del artículo 14.3 f) del PIDCP, manteniendo plena coherencia con las líneas generales conformadas por la doctrina del TEDH examinada.³⁵³

b2) Un paso más en la armonización: *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 penales*

Al igual que la anterior Directiva en materia de interpretación y traducción, este instrumento legislativo (La Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales)³⁵⁴ continúa el ambicioso Plan de

³⁵¹ STEDH dictada en as. *MATTEI*, (citada en nota 28).

³⁵² Es representativa la STEDH dictada en *ATLAN v RU*, Nº 36533/97, 19 de junio de 2001. En el mismo sentido la STC (Sala 1ª) 176/1988, de 4 de octubre de 1988, (Recurso de amparo 514-1987), *BOE* núm. 266 de 5 de noviembre de 1988. En nuestro ordenamiento jurídico el supuesto estrella de limitación de este derecho es el secreto sumarial o secreto de actuaciones, previsto en el art. 302 LECRIM, por tiempo no superior a un mes como regla general y sujeto a condiciones restrictivas.

³⁵³ Vgr. STC (Sala 2ª) 30/1989, de 7 febrero, (Recurso de amparo 138-1987), *BOE* núm. 52 de 2 de marzo de 1989 y STC (Sala 2ª) 278/2000, de 27 de noviembre de 2000, (Recurso de amparo 211-1997), *BOE* núm. 4 de 4 de enero de 2001.

³⁵⁴ Nota 143.

trabajo del Consejo Europeo incorporado al Programa de Estocolmo, en este caso en relación con la medida B del mismo, explicitando su conexión con el principio de reconocimiento mutuo y las exigencias del refuerzo de la confianza mutua, así como su legitimación para legislar en esta materia de conformidad con el art 82.2 TFUE (considerando 9). Reproduce de manera casi mimética los considerandos del previo instrumento legislativo en la materia e insistiendo igualmente en el valor de “normas mínimas” de la Directiva y el principio de no regresión.³⁵⁵

Igualmente explicita su fundamento en los arts. 47 y 48 de la Carta (juicio equitativo y derechos de la defensa) así como en el art 6 CEDH añadiendo una especial mención al art 5 CEDH.³⁵⁶ La interpretación vinculante de la jurisprudencia del TEDH no sólo se formula con carácter general sino que con frecuencia se remite expresamente a la misma en distintas materias puntuales, consagrando su doctrina. Entre otras, respecto a qué ha de entenderse por “acusación” (“el mismo concepto a que se refiere el art 6 apartado 1 del CEDH) y en cuanto al contenido del derecho de información, el sentido de privación de libertad del CEDH, (se remite a art 5, apartado 1 letra c), según interpretación del TEDH. También en cuanto al momento en que han de ser puestos a disposición del sospechoso o acusado privado de libertad los documentos precisos para impugnar la legalidad de la misma (“a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el artículo 5, apartado 4, del CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”).).

En el mismo sentido, en cuanto a la interpretación que ha de hacerse de la limitación excepcionalmente prevista para el acceso a las pruebas materiales (“Las limitaciones a dicho acceso deben interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo, con arreglo al CEDH y a la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”).³⁵⁷

³⁵⁵ Artículo 10: No regresión. “Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que limita cualquier derecho o garantía procesal que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH y de otras disposiciones pertinentes del Derecho internacional o de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que garanticen un nivel de protección más elevado, *ni de que es una excepción a dichos derechos y garantías procesales*”. (En los considerandos se recoge texto idéntico al contenido en la anterior Directiva con la adición *in fine* de la exclusión de una interpretación de la Directiva como “excepción a derechos y garantías procesales reconocidos en otros instrumentos internacionales o nacionales,” lo cual no hace sino enfatizar lo evidente).

³⁵⁶ “El artículo 6 de la Carta y el artículo 5 del CEDH consagran el derecho a la libertad y la seguridad de las personas. La limitación de este derecho no puede ir más allá de lo permitido de conformidad con el artículo 5 del CEDH y según se infiere de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. (considerando 6).

³⁵⁷ Respectivamente en considerandos 40,14, 18,21, 30 y 32.

Se consagra la vinculación a los derechos fundamentales respectivamente recogidos en la Carta y el CEDH.³⁵⁸ Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que tras señalar expresamente la vinculación a la doctrina jurisprudencial del TEDH (en cuanto a las disposiciones, que correspondan a los derechos garantizados por el CEDH), se omite toda referencia a la interpretación de los mismos por parte del TJ (como sería lógico y exigiría el propio paralelismo con el considerando 41). No puede obviarse la trayectoria mucho más dilatada y “experimentada” en materia de hermenéutica de garantías procesales del TEDH en relación con el TJ, pero una referencia a este último se echa de menos, atendido su creciente potencial como máximo intérprete de los derechos de la Carta en el ámbito propio de la misma (atendiendo al instrumento nada desdeñable de la cuestión prejudicial llamado en el futuro a permitir dilucidar una interpretación “auténtica” de los derechos concernidos en la misma, desde la perspectiva de la UE).

Como se ha señalado, esta Directiva trata de ofrecer una regulación siquiera mínima pero uniforme del derecho de información, como integrante del derecho de defensa en sentido amplio. Este derecho es presupuesto básico para un adecuado derecho de defensa y en orden a la salvaguarda del derecho de tutela judicial efectiva, enlazado con el de un proceso equitativo (preservando el principio de igualdad de armas y contradicción).

En cuanto a su ámbito subjetivo, son idénticos sus destinatarios respecto de la anterior Directiva, aplicándose a las personas “sospechosas y acusadas, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad”. Al igual que en aquella se recoge la terminología amplia de “sospechoso o acusado” incluyendo expresamente a las “personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea” (art. 1). También resulta exigible este derecho en fase policial/preprocesal, incluso se adelanta el momento del ejercicio de este derecho, tal y como es consustancial a su contenido y finalidad “preparatoria de la defensa” (explicitada en considerando 27). Y así señala que: “Las autoridades competentes deben informar a las personas sospechosas o acusadas *con prontitud*,³⁵⁹ ya sea oralmente o por escrito, de

³⁵⁸ Y así “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios reconocidos en la Carta. En particular, la presente Directiva aspira a promover el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo y los derechos de la defensa. Debe ser aplicada en consecuencia”. (considerando 41) Y a su vez “Las disposiciones de la presente Directiva, que correspondan a los derechos garantizados por el CEDH, deben interpretarse y aplicarse de forma coherente con dichos derechos, con arreglo a su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (considerando 42)

³⁵⁹ La anterior Directiva utilizaba la expresión “sin demora”.

los derechos, previstos con arreglo al Derecho nacional, que son esenciales para salvaguardar un proceso justo, con arreglo a lo establecido en la presente Directiva.

Precisamente por esa finalidad preparatoria de la defensa, el derecho a la información ha de ser preservado desde la fase embrionaria del proceso, incluso en el momento inmediatamente anterior a su generación, por lo que surge ante la propia inminencia del mismo.³⁶⁰

El artículo 6.3 de la Directiva tratando de precisar, con escaso éxito, el lapso temporal que han de garantizar los Estados en su desarrollo, precisa como límite temporal para la información detallada sobre la acusación “a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal”. En el apartado 4 se insiste en que “se informe con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con el presente artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento”. Nótese que en el artículo 6.2 (en relación con los derechos del detenido o privado de libertad) se omite precisión temporal alguna que pudiera matizar esa genérica “prontitud”, cuando precisamente ha de ser el supuesto de mayor urgencia para garantizar el derecho a la información sobre el mismo. No puede sino interpretarse en el sentido de que en el caso de detención o privación de libertad la información ha de ser simultánea o inmediata.

El considerando 28 ofrecía una precisión a dicho límite temporal que lamentablemente no ha trascendido al articulado aunque sin duda ha de ser tenido en cuenta por los Estados miembros en su desarrollo : “Debe facilitarse con prontitud a la persona sospechosa o acusada la información acerca de la infracción penal que se sospecha ha cometido o de cuya comisión se le acusa, a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente, y sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso.”³⁶¹

En cuanto al ámbito de aplicación temporal del derecho, el artículo 2 especifica que “La presente Directiva se aplica desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la

³⁶⁰ Urgencia que transmite el citado considerando 19 y el art. 3.1 de la Directiva (en cuanto a la información sobre los derechos) y el art. 6.1 (información sobre la acusación) que reiteran la expresión “con prontitud”.

³⁶¹ El aún vigente art. 520 LECRIM señalaba la información “de forma inmediata” para los detenidos. El nuevo texto resultante de la implementación de la Directiva ya aprobada lo mantiene. (a su vez, el art. 118 LECRIM preceptúa la instrucción de derechos “sin demora justificada” y el art. 775 LECRIM señala la preceptiva información de derechos “en la primera comparecencia” ante el Juez).

conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso”.³⁶² En cualquier caso queda fuera del ámbito de la Directiva la fase ejecutiva de la condena (a excepción de los reclamados por orden de detención europea).

En cuanto al concreto contenido del derecho a la información en los procesos penales se regulan separadamente dos ámbitos materiales como integrantes del derecho a la información: la información sobre sus derechos (art.3) y la información sobre la acusación (art 6).³⁶³

En cuanto al derecho a la información sobre sus derechos, se reconoce el mismo también para las personas objeto de ejecución de una orden de detención europea (art 1). Cabría preguntarse si la omisión en relación al segundo derecho desarrollado en la norma (información sobre la acusación) es deliberada y la respuesta parece ser positiva (atendiendo a un criterio hermenéutico literal y sistemático), a la vista de que la Directiva no parece comprender a los destinatarios de una orden de detención europea en la referencia amplia a *detenidos o privados de libertad* a que se remite el considerando 21 (y ello pese a que perfectamente sería subsumible en tal concepto conforme a nuestro derecho interno y a la jurisprudencia del TEDH, interpretando el art. 5 CEDH). Dicha conclusión deriva precisamente de que se reserva el artículo 5 a la declaración de derechos para tales destinatarios (al margen y de forma diferente de la declaración de derechos en el momento de la detención del art. 4) y sin embargo no lo hace de forma paralela tras la regulación en el artículo 6 del derecho a recibir información sobre la acusación.

Y si bien, aunque resulte en cierto modo confuso, puede admitirse esa especificidad de los reclamados por una ODE que exige un régimen especial de declaración de derechos y un formulario diferente (anexo II), surge sin embargo la duda sobre si tales personas son o no beneficiarias del derecho de acceso a los materiales del expediente del artículo 7 en tanto que el mismo se predica para los detenidos o privados de libertad sin mayor precisión. Por las razones anteriores podría sostenerse

³⁶² Aplicable aquí *mutatis mutandis* las consideraciones efectuadas en análisis de la Directiva 2010/64, ya que al igual que en ella se prevé que si “ la legislación de un Estado miembro prevea la imposición de sanciones por infracciones menores por parte de una autoridad distinta de un tribunal con competencia en materia penal, pero la sanción pueda ser objeto de recurso ante este tipo de tribunal, la presente Directiva solo se aplicará al proceso ante dicho tribunal a raíz del recurso en cuestión”.

³⁶³ Obviamente sin embargo dentro del elenco del art. 3 en el extremo 3.1 c) explicita este último derecho a ser informado de la acusación, remitiéndose expresamente al citado art. 6.

que no habrían de ser incluidos entre los destinatarios de este derecho, tal y como se regula en la Directiva.³⁶⁴

Llama sin embargo la atención el hecho de que ese concreto precepto (art. 7) que regula un derecho tan importante para la preparación de la defensa como el de derecho de acceso a los materiales del expediente y que se consagra y desarrolla con ocasión de esta Directiva, (cuya regulación es mucho más vaga en otros aspectos en que se limita a remitirse en blanco a las legislaciones nacionales), sin embargo no sea siquiera mencionado en su artículo 1 como objeto de la Directiva. Su tratamiento resulta propio de un mero aspecto incluido o integrante en el derecho a la información sobre la acusación, con el que efectivamente está conectado, pero del que es independiente suponiendo un importante valor añadido. Igualmente es contradictorio que dicho precepto contemple a los “acusados o sospechosos” (art 7.2) tras haberse referido en el artículo 1 a los detenidos, mientras que el art 1 no incluye entre los derechos de información precisamente este derecho de acceso a materiales del expediente, que luego reconoce. En el mismo sentido resulta anómalo que el art 4 (información a detenidos) que sí contiene expresamente en su apartado 4.2 a) ese derecho de acceso a los materiales, a su vez lo haga bajo la referencia expresa a “tal y como se apliquen con arreglo a la legislación nacional,” cuando precisamente en la propia Directiva se armoniza el mismo derecho, que habrá por tanto de ser garantizado al menos en esos términos mínimos por dichas futuras normas nacionales de transposición.

Hechas tales precisiones y analizando ya el propio contenido de los derechos desarrollados por la Directiva, ha de concluirse que con carácter general (en su art.3) enumera los mínimos derechos procesales, remitiéndose a la legislación nacional , siendo lo único obvio el consenso alcanzado sobre la existencia de tales derechos en todos los Estados miembros, con diferencias en su caso en su extensión y alcance (y teniendo en cuenta la reveladora precisión del “eventual” derecho a recibir asistencia letrada gratuita). Y estos son, según el legislador europeo:

A) Derecho a tener acceso un abogado, cuyo ejercicio ha de ser posible desde el mismo momento en que la persona tenga conocimiento (no necesariamente formal u oficial) de la existencia de un procedimiento penal contra ella.

³⁶⁴ Sin embargo, en nuestro ordenamiento, como regla general ha de ser facilitada al letrado del detenido copia del atestado salvo declaración de secreto de actuaciones, siendo especialmente relevante que el mismo tenga acceso a la descripción del SIS e información adicional aportada por *Sirene* si el reclamado alegara error en su identificación.

B) El *eventual* derecho a asistencia letrada gratuita y sus condiciones³⁶⁵.

C) Derecho a ser informado de la acusación. El conocimiento de la imputación es núcleo de la fase inicial (preparatoria) del derecho de defensa. (Desarrollado en art.6).

D) Derecho a interpretación y traducción.³⁶⁶

E) Derecho a permanecer en silencio. En nuestro ordenamiento nacional se reconoce conjuntamente el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo. Este último no está recogido en todos los Estados miembros por lo que no está comprendido en la Directiva, no obstante lo cual es evidente que su información expresa habría de mantenerse en el Derecho español por mandato expreso de esta Directiva en su considerando 20 y art 10 (cláusula de no regresión). Efectivamente así lo ha hecho la norma de transposición (LO 5 2015) que lo incluye expresamente en la nueva redacción de los arts. 118.1.g) y 520.2.b) de la LECRIM.

La información se admite un doble modo: verbal o escrito, en lenguaje sencillo y accesible (y atendiendo a las necesidades particulares de personas vulnerables).

En cuanto a los detenidos, se refuerza su derecho informativo por la especial afección de sus derechos al curso del procedimiento al encontrarse privados temporalmente de libertad. Y así, desde el punto de vista formal se exige la forma escrita en la información y su efectiva entrega, incluyendo un formulario o modelo “indicativo” y que por tanto no será necesariamente el mismo en cada Estado miembro.³⁶⁷ La declaración de derechos se redactará en términos sencillos y accesibles, figurando un modelo indicativo de tal declaración (art 4.4 y anexo I). Como requisitos formales se exige que la declaración de derechos esté escrita en una lengua que comprenda (y cuando no se disponga de la declaración de derechos en la lengua apropiada, se informe a la persona sospechosa o acusada de sus derechos oralmente, en una lengua

³⁶⁵ Regulado en art. 121 LECRIM y Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia jurídica gratuita en el derecho español, (existiendo un Proyecto de Ley de reforma en tramitación) sin embargo no se ha venido incluyendo su mención en la información ofrecida al imputado en nuestro sistema actual. La LO 5/2015 de implementación de la Directiva lo incluye expresamente en nueva redacción de art. 118.1.d) y 520.2.h) LECRIM.

³⁶⁶ *Vid.* anterior epígrafe.

³⁶⁷ “Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad reciba con prontitud una declaración de derechos escrita. 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” (art. 4.1).

que comprenda entregándole posteriormente, sin demora indebida, la declaración escrita en una lengua que comprenda). (Art 4.5)³⁶⁸

De otro lado, en cuanto al contenido efectivo de dicha información se explicitan derechos adicionales (respecto a la que figura en art. 3), que han de ser objeto de información *tal como se apliquen con arreglo a la legislación nacional*: (art 4.2):

a) *el derecho de acceso a los materiales del expediente*; (desarrollada en art. 7)

b) *el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona*;

c) *el derecho de acceso a atención médica urgente*, (ambos derechos ya presentes en nuestro ordenamiento y objeto de información en la práctica).

d) *el máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial*.

La declaración de derechos contendrá, asimismo, información básica relativa a las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional.³⁶⁹ Como se ha expuesto, *ut supra*, separadamente, el artículo 5 de la Directiva fija la: “Declaración sobre los derechos en el marco del procedimiento de la orden de detención europea,” señalando que los Estados miembros han de garantizar que toda persona que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea reciba con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos de conformidad con la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta, declaración que ha

³⁶⁸ Recogido en términos casi idénticos en la nueva redacción del art. 520.2 LECRIM *in fine*: “Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda. En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención”.

³⁶⁹ En nuestro Derecho nacional, habrá de contener expresamente la posibilidad de promover un *habeas corpus* de conformidad con la Ley Orgánica reguladora del mismo. Habida cuenta la “frivolidad” con que en ocasiones se acude a dicho supuesto excepcional de tutela de derechos del detenido, sería oportuno que se incluyese en esa información la concreta finalidad del referido procedimiento y supuestos para los que está previsto, sin que quepa como mera vía indirecta de agilización de la puesta a disposición judicial del detenido. La nueva redacción del art. 520.2 LECRIM no lo especifica, si bien, la amplitud de su redacción y una adecuada interpretación de la norma así lo exige. Tras el elenco de derechos recogido en dicho precepto, se incluye el siguiente párrafo: “Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención”.

de estar redactada en un lenguaje sencillo y accesible, figurando un modelo indicativo de tal declaración en el anexo II.

En cuanto a la regulación sobre el derecho a recibir información sobre la acusación, se integra (junto al derecho antes desarrollado) en ese global derecho a la información de sospechosos y acusados. En el mismo precepto (art.6) regula su contenido para imputados no detenidos y para detenidos. Los Estados miembros han de garantizar la recepción por toda persona sospechosa o acusada de información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. “Esta información se facilitará con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa”.

Es relevante que se expliciten las dos finalidades de este derecho, en coherencia precisamente con los derechos consagrados en los artículos 47 y 48.2 de la Carta y el artículo 6 CEDH en que tiene su fundamento esta norma. Para los detenidos simplemente añade la necesaria información sobre “los motivos de su detención o privación de libertad”, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa. Como se ha reseñado, llama la atención la omisión a una “inmediata” información en este caso cuando en el apartado 3 se fija para cualquier imputado que “a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, se facilite información detallada sobre la acusación, incluidas la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada”. Y así, en este epígrafe se explicita el contenido de la información (correspondiente a un momento procesal más avanzado del procedimiento): no sólo abarcando hechos sino también calificación jurídica o tipificación de los mismos y naturaleza de su participación.

La información ha de ser actualizada conforme avanza el proceso y así en último término, ha de informarse “con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con el presente artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento” (art.6.4). Esta última precisión ha de ser interpretada en sentido restrictivo, en orden a salvaguardar un amplio derecho a la información y que la misma sea completa a medida que se desarrolla el procedimiento.³⁷⁰

³⁷⁰ Es relevante a tal efecto el nuevo art. 775 LECRIM (en redacción de la LO de implementación de la Directiva) que recoge esta regulación europea expresamente, señalando que “2. Cuando del resultado de las diligencias se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos

Por último en cuanto al relevante derecho de acceso a los materiales del expediente, el mismo está interconectado con los anteriores, si bien goza de peculiaridades propias y ha de suponer la previsible introducción de novedades en los Estados miembros como en nuestro ordenamiento. En los supuestos de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, exige que los Estados miembros garanticen la entrega a la persona detenida o a su abogado de “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”. Ello incluye el acceso “al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa”. El acceso a estos materiales (“mencionados en el apartado 2”) ha de concederse “con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas”. (art.7).

Siguiendo la dinámica de la Directiva en la regulación de los otros derechos, se refuerza la postura del detenido al que se concede (a él o su letrado, en implícita alusión a la dualidad autodefensa/defensa técnica permitida en los Estados miembros), no sólo el acceso a los documentos o materiales del expediente sino la *entrega* física de los que sean *fundamentales* para la concreta defensa de su derecho a la libertad. La determinación de su fundamentalidad queda a discreción de la autoridad a cuya disposición se encuentre. El acceso se establece como gratuito (art .7.5) ³⁷¹

La posibilidad de excepcionar este derecho es mínima si atendemos a los términos del artículo 7.4 : “ No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá

imputados, el Juez informará con prontitud de ello al imputado. Esta información podrá ser facilitada mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del imputado”. (Supone una novedad muy reveladora y claramente un plus de garantías para el imputado).

³⁷¹ Parece que no cabría limitación en tal sentido en las normas de transposición si no fuera porque el considerando 34 señala que “El acceso a los materiales del expediente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva, debe ofrecerse de forma gratuita, sin perjuicio de las disposiciones 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”. Los considerandos son también importantes para comprender el sentido amplio de los documentos o materiales a que se refiere el precepto (incluye fotografías, grabaciones de sonido o vídeo y con la precisión de que han de abarcarse las pruebas sean “favorables o desfavorables”).

denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial”.

Contrasta esta regulación tan garantista en su previsión legal con la débil forma de control efectivo del cumplimiento de estos derechos contenida en el artículo siguiente (art. 8) bajo el epígrafe “verificación y recursos”. Exige que los Estados miembros garanticen que cuando se proporcione información contenida en la Directiva se haga constar mediante el procedimiento de registro conforme a legislación del Estado miembro de que se trate.³⁷²

Y más importante, en cuanto a los recursos, igualmente se prevé que si las autoridades (policiales o judiciales) competentes no les han proporcionado información de conformidad con esta Directiva o se han negado a hacerlo, el sospechoso o acusado o su abogado tendrán derecho a impugnarlo “de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional”. A diferencia de la Directiva en materia de traducción que sí obligaba al establecimiento expreso de recursos para reclamar la tutela de dicho derecho (y su efectividad desde el punto de vista de la “calidad”) esta Directiva no impone obligaciones adicionales a los Estados miembros en la materia, siendo lamentable no haber alcanzado un consenso en tal sentido que hubiera reforzado la dimensión tutelar de la norma.

La Directiva concedía un plazo de 2 años, (hasta el 2 de junio de 2014) para ser transpuesta a las legislaciones de los Estados miembros, plazo no respetado por numerosos Estados miembros, entre ellos, España. Su transposición tardía se ha efectuado de forma conjunta con la de la Directiva sobre derechos de traducción e interpretación, (por LO 5/2015 Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)³⁷³ si bien a diferencia de la regulación para implementar aquella, ya en

³⁷² Parece razonable pensar que en todos ellos, incluso en supuestos de instrucción oral de los derechos habrá siquiera una constancia escrita vgr. por diligencia del secretario o extensión del oportuna acta pero ninguna exigencia adicional deriva de esta Directiva, (en el mismo sentido, considerando 35).

³⁷³ Vid. nota 293.

vigor, la normativa de implementación de esta segunda Directiva no entrará en vigor hasta transcurridos seis meses de su publicación, (Disposición final cuarta).

Al igual que en la anterior Directiva, RU e Irlanda participan y Dinamarca no.

Siendo obvio que la Directiva contiene una solución de compromiso (y de mínimos) en el ámbito del derecho a la información, no puede dejar de notarse el mérito de este texto legal. Afrontaba ya un reto importante (“empezando la casa por el tejado”) al tratar de uniformizar el contenido de la información que ha de estar a disposición de sospechosos y acusados en un doble ámbito: sus derechos como tales (y en especial los del detenido o privado de libertad) y respecto al contenido de la acusación frente a los mismos, ámbitos ambos carentes de previa aproximación en las legislaciones procesales de los Estados miembros. A resultas de esa dificultad añadida, es lógico que el texto resultante haya resultado impreciso, dejando un muy amplio margen al desarrollo nacional (especialmente en materia de plazos y recursos). Pese a ello, consigue un mínimo consenso que coadyuvará, (una vez implementado) a dotar de cierta seguridad jurídica al status del sospechoso o acusado en procesos europeos ajenos a su ámbito doméstico y sobre todo transnacionales. Previsiblemente le ofrecerá siquiera una mínima dosis de serenidad ante el hecho de contar con la garantía inicial (a tenor de las dos Directivas aprobadas en esta materia) de un intérprete y una primera información de sus derechos y objeto de acusación, siquiera para permitirle una correcta y temprana ubicación en un eventual procedimiento transfronterizo, con las dificultades y recelos que obviamente despierta.

Indudablemente, hubiera sido mejor una aprobación conjunta o incluso previa de la (posteriormente aprobada), Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y del derecho a la comunicación después de la detención, ya que hubiera permitido ampliar quizá el ámbito de esta Directiva al haber sido ya aproximado al menos un mínimo contenido de dicho derecho de asistencia letrada así como el propio status del detenido. Las divergencias nacionales no lo hicieron posible, por lo cual, el primer y quizá más importante derecho objeto de información del art 3.1 a) “derecho a tener acceso a un abogado” fue recogido sin mayor precisión cualitativa. En el caso contrario, se hubiera ampliado la confianza recíproca buscada precisamente por la norma, incidiendo en mayores niveles de garantía de derechos.

Esta Directiva, así pues, regula en sentido amplio el derecho de información toda vez que no contempla como tal una posible excepción genérica al mismo. Solo detalla y de forma bastante restrictiva, una posible excepción al concreto derecho de acceso a

los materiales del expediente. Sin embargo ese garantismo aparente se ve empañado por el hecho de que el legislador de la UE haya renunciado a estipular la necesidad de un recurso obligatorio en su caso contra la denegación o vulneración del derecho a la información recogido en la misma, remitiéndose a los previstos en las legislaciones nacionales, extremo que se revela crucial en la implementación de la norma.

Por lo expuesto y *de lege ferenda*, en la implementación de esta Directiva en los Estados miembros sería deseable haber conjurado esos puntos débiles de aquella y siguiendo su espíritu y finalidad, complementar los ordenamientos nacionales en un sentido tutelar sobre todo en cuanto concreción de plazos, objeto de información, formas de registro y modos de impugnación de resoluciones eventualmente limitativas de este derecho, en el sentido que ya ha sido objeto de valoración y crítica.

En cuanto a nuestro ordenamiento nacional, (remitiéndonos a las consideraciones efectuadas con ocasión de la anterior Directiva, aplicables aquí, *mutatis mutandis*) ha de ponerse de manifiesto con mayor insistencia aún en este caso, la imprevisión y precipitación con que parece actuar el legislador español que de forma tardía, confusa y fragmentada trata de cumplir con total ausencia de rigor jurídico (y ya vencido el plazo), sus obligaciones de transposición. Formalmente, el panorama legislativo actual al respecto es caótico, habiendo convivido tres proyectos diferentes sobre el tema y siendo absolutamente perentorio el resultado de la implementación que nos ocupa y acaba de aprobarse.³⁷⁴

Desde el punto de vista material, la implementación realizada por la citada LO 5/2015 de esta Directiva merece un juicio mayoritariamente positivo desde un óptica tutelar de esta garantía europea del derecho a la información, (bien que sin introducir muchas novedades de calado), derecho que, por otra parte, venía siendo objeto de un tratamiento legislativo bastante amplio, avalado por una práctica garantista en el foro.

Ya en cuanto a la perspectiva “temporal” la actual regulación contenida en la LECRIM era más concreta en términos de inmediatez de prestación de la información que la imprecisa Directiva. El legislador español parece incidir en esa línea de urgencia,

³⁷⁴ Está hoy pendiente de aprobación el Proyecto de LO de 13 de marzo de 2015, Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (por el que se pretende implementar la posterior Directiva en materia de asistencia letrada) que propone a su vez nuevos cambios en la redacción de los artículos 118 y 520 LECRIM. (Sin perjuicio de la ya tan dilatada propuesta de Código Procesal Penal que de ser eventualmente aprobada, habrá de sustituir íntegramente a la LECRIM introduciendo cambios auténticamente revolucionarios en la instrucción penal).

sobre todo en el caso de detenidos.³⁷⁵ En cuanto al contenido de tales derechos, la aún vigente redacción de los artículos 118 y 520 LECRIM cumplía ya genéricamente las exigencias europeas, (incluso completados en sentido más garantista por la práctica en el foro, incluyendo en la información oral incluso de derechos no explicitados en tales preceptos y ofreciendo un amplio acceso a la documentación del expediente, salvo supuestos de secreto de actuaciones).

Las novedades se concretan en la nueva redacción del artículo 118 LECRIM, en el que se regula el derecho de defensa, señalándose ahora de forma clara y precisa que toda persona a la que se impute un acto punible tendrá derecho a ser informada de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados; del derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa; del derecho a designar libremente abogado; del derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla; del derecho a la traducción e interpretación gratuitas; del derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo y del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Quizá la más relevante novedad sea la relativa a la necesaria actualización de la información y examen de actuaciones.

En cuanto a la obligación de actualizar la información facilitada, la Directiva (art. 6), la subordina al hecho de que *sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento*. Obviamente *de lege ferenda* y desde un punto de vista hermenéutico ha de considerarse más que una condición *stricto sensu*, como una suerte de cláusula retórica que sólo encuentra su fundamento en el hecho de que habrán de quedar fuera de tal derecho los cambios meramente intrascendentes (no sólo los que no comprometan gravemente un proceso equitativo). La garantía de información y por ende de defensa ha de ser desarrollada en sentido amplio por los Estados miembros, otra cosa es la valoración obviamente más restrictiva que a efectos de eventuales nulidades de actuaciones o declaración de amparo pueda hacerse de la trascendencia o no de la vulneración de tales garantías por cada una de las instancias judiciales. En tal sentido

³⁷⁵ Según el texto recién aprobado (Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril que modifica los artículos 118 y 520 LECRIM), los imputados habrán de recibirla “sin demora injustificada” y en los casos de detenidos o presos “de forma inmediata”. (actual art. 520.2: “Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten”).

lo ha entendido el legislador español en su transposición de la norma en sentido claramente tutelar.

En cuanto a los detenidos y presos, la nueva redacción del art 520.2 LECRIM completa el anterior catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, y al derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, así como a la información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención. Sin ser sustancial, la reforma supone un plus de seguridad jurídica.

Resulta sin embargo equívoco y en cierto modo restrictivo, el tratamiento de la LO al derecho de acceso al expediente. Cuando se trata de imputados, lo regula en artículo 118 LECRIM recogiendo en el art. 302 las excepciones a este derecho sin novedades relevantes. No pueden dejar de notarse los defectos de técnica jurídica apuntados “ut supra” en cuanto a la regulación europea de ese derecho de acceso, que pese a contener un breve articulado y un contenido aparentemente simple, adolece de falta de precisión y claridad expositiva. Es loable su concreción en el artículo 7 y que su acceso sea gratuito (con entrega física de materiales en caso de detención) así como la sólo excepcional denegación de este derecho en supuestos muy excepcionales.

Parece que dicho precepto no habría de admitir un desarrollo legislativo nacional contrario a su espíritu claramente garantista. Su excepción deberá ser motivada debidamente por resolución judicial o de otra autoridad recurrible, en relación con los supuestos de amenaza grave para la vida o derechos fundamentales o interés público importante (que no puede identificarse con cualquier mínimo perjuicio de la investigación en curso). En tal sentido, la LO se ha limitado a establecer ese derecho de acceso a las actuaciones y concretamente al atestado policial sin entrar en más precisiones.

Sin embargo, en cuanto al detenido o privado de libertad, la propia exposición de motivos de la LO señala que ese “derecho de acceso” “contemplado en art. 520 LECRIM y su alcance se limita, *por exigencia de la normativa europea*, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad. Se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad”. Y así, el

nuevo art 520.2 LECRIM incluye “d) Derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”.

Contrariamente a la interpretación de este precepto por que aboga el propio legislador en dicha exposición de motivos, la normativa europea no establece propiamente que “únicamente haya de entregarse esa información” como máximo, sino que ese *mínimo* sea garantizado para permitir la impugnación de la resolución de privación de libertad. Precisamente en coherencia con la cláusula de no regresión de la Directiva, ha de mantenerse una hermenéutica más tutelar en tal sentido y desde luego que no suponga un retroceso frente a la práctica habitual en los Juzgados de guardia de entregar la totalidad del expediente al detenido, salvo en supuestos de previa declaración de secreto.

En cuanto a la forma en la que la información ha de ser suministrada, merece un juicio positivo el esfuerzo del legislador europeo por garantizar la *efectividad* de este derecho de información, incidiendo en la utilización de un lenguaje “sencillo y accesible” y la especial atención a “las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean *vulnerables*” (art 3.2). Examinando el contenido de los considerandos y anexos de la Directiva se verificaba la opción del legislador por un lenguaje nada técnico sino adecuado a su finalidad divulgativa, extremo que ha sido estrictamente respetado por nuestro legislador nacional por responder al auténtico objetivo de la norma. Se ha adoptado igualmente en forma rigurosa dicha perspectiva de adecuar las formalidades a las peculiares circunstancias de cada persona.³⁷⁶

Resulta interesante haber fijado de forma expresa y clara la efectiva entrega al detenido ya en sede policial de una información escrita de derechos. Su obligatoriedad resulta positiva en tanto que habitualmente en los atestados policiales de nuestro país se consigna únicamente una diligencia de instrucción verbal de derechos que generalmente se acompaña al pie de la misma de un lacónico: “se niega a firmar” no

³⁷⁶ Reza el art. 118.1 *in fine* LECRIM: “La información a que se refiere el párrafo anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al imputado. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”. Igualmente el art. 520: “Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda”, insistiendo aún en art. 520.2 bis: “La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al imputado. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”.

quedando constancia real de si ha sido formalmente o no instruido de sus derechos ni si estaba en condiciones de comprenderlos en ese preciso momento.³⁷⁷

Ha de suponer una previsible novedad en la práctica del foro la futura puesta en circulación en los Juzgados de guardia (y de Instrucción), de un formulario similar al propuesto en la Directiva (“Modelo indicativo de la declaración de derechos”) que sustituya de forma más completa la constancia escrita que actualmente se entrega al detenido e imputado, dando cuenta de la previa instrucción de sus derechos procesales básicos en el momento previo a su declaración en sede judicial.³⁷⁸ Obviamente, en nuestro ámbito el contenido de los anexos de la Directiva habría de ser completado con los derechos más amplios que se reconocen en nuestra legislación procesal (que vgr. especifica el derecho a no confesarse culpable ni declarar contra sí mismo) y que ya *de facto* son explicados al detenido o imputado antes de su primera declaración.³⁷⁹

Lamentablemente, la LO de transposición analizada no suple la omisión de la Directiva en cuanto al establecimiento de un recurso genérico frente al incumplimiento de la totalidad de derechos contemplados en la misma, lo que hubiera ratificado su vocación plenamente tuitiva del derecho de defensa. En todo caso, el régimen general de recursos vigente frente a las resoluciones de los Jueces de Instrucción ha de garantizar su salvaguarda, debiendo adoptar los mismos una perspectiva de auténtico Juez europeo en la materia.

Al igual que en el caso de la Directiva de traducción, al final de su articulado se explicita una previsión de formación adecuada a los objetivos de la Directiva en relación al personal de administración de justicia. Es importante que no quede en una mera declaración de intenciones aunque no basta con una adecuada formación teórica al

³⁷⁷ Ha de tenerse en cuenta que el momento en que una persona accede a una comisaría en calidad de detenido no es en modo alguno el idóneo desde el punto de vista anímico para comprender y meditar sobre el alcance de sus derechos, (no es infrecuente además que el detenido se halle bajo los efectos de alcohol o estupefacientes o bajo una crisis nerviosa, en ocasiones brote psicótico...). Menos aún para asimilarlos a resultados de una rápida lectura verbal de los mismos (en ocasiones rutinaria y sin verdadero interés informador del agente policial). Si se dilata la privación de libertad en comisaría, al disponer de una copia escrita, el detenido contará al menos con la posibilidad real de leerlos y reflexionar en su caso siquiera superficialmente sobre los mismos (si está en condiciones de verificarlo).

³⁷⁸ Según la práctica de los Juzgados, en ocasiones se viene entregando por separado o en el mismo texto de la copia de declaración en la que, en ciertos formularios informáticos aparece reproducidos sus principales derechos procesales (vgr. los derechos del art. 520 LECRIM con la advertencia expresa de las condiciones en que podría ser juzgado en ausencia).

³⁷⁹ En la práctica la instrucción de derechos la viene haciendo el Juez o en ocasiones el Secretario judicial y desde la reforma del art. 89 CP a los extranjeros se les pregunta expresamente (a efectos de una eventual sustitución de una futura pena privativa de libertad por expulsión, si estarían conformes con la misma y las circunstancias de eventual arraigo). Ello, para verificar en forma anticipada la preceptiva audiencia prevista en la Ley, lo que no deja de ser una ampliación de su derecho de información en esta fase inicial, en que incluso se le explicitan las eventuales opciones de cumplimiento de una eventual y futura pena y las especialidades derivadas de su condición de extranjeros.

efecto: las condiciones en el desempeño principalmente de las funciones judiciales han de acompañar necesariamente a dichas iniciativas. El escaso tiempo material que puede dedicarse en un Juzgado de guardia saturado con poca dotación de personal auxiliar a estas consideraciones, (sin embargo tan relevantes), sigue siendo uno de los problemas básicos de la salvaguardia de los derechos procesales en nuestro país y en el mismo sentido en la mayoría de Estados miembros de la UE.

c) TIEMPO Y FACILIDADES PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA. *El fin de la improvisación: La reflexión y la documentación de la defensa efectiva*

Como se viene exponiendo, el derecho a preparar la defensa es doblemente instrumental en tanto que preordenado a la conformación de un proceso equitativo y garantía del derecho de contradicción.³⁸⁰

En la jurisprudencia del TEDH a menudo aparece estrechamente relacionado con los otros derechos objeto de análisis. El TEDH considera que existe un vínculo entre derecho a ser informado y a preparar la defensa³⁸¹ y también en relación al derecho de información,³⁸² en que la vulneración de uno conlleva la del otro. Igualmente se considera relacionado íntimamente con el derecho a la defensa técnica (en materia de libre comunicación con el letrado) y a preparar la misma, declarando vulnerado tal derecho al considerar que no se habían justificado suficientemente las razones por que en su caso se restringieron los contactos de un preso preventivo con su defensor.³⁸³

En cuanto al contenido de este derecho, la doctrina es unánime al señalar los dos elementos que conforman su ámbito objetivo: tiempo y facilidades necesarias como conceptos jurídicos indeterminados a los que progresivamente el TEDH ha ido dando sentido casuísticamente.³⁸⁴

³⁸⁰ El derecho a preparar la defensa según SANCHÍS, *op. cit.*, nota 258, p. 285) tiene un contenido esencial (no limitable) y otro accesorio (solo limitable por ley y de modo proporcional atendiendo a parámetros del art. 52.1 Carta). A su juicio, este derecho ha de estar construyéndose poco a poco tras la entrada en vigor de la Carta por lo que “no podrá ofrecerse de modo acabado un contenido esencial del derecho a preparar la defensa hasta un momento ulterior”. (Plenamente de acuerdo con tal valoración sobre todo, teniendo en cuenta que a resultas de este análisis el contenido de los derechos consagrados en la Carta están siendo progresivamente completados por su desarrollo en el derecho derivado y la interpretación propia del TJ, consideración que *mutatis mutandis* puede exportarse al resto de garantías).

³⁸¹ STEDH dictada en as. PÉLISSIER Y SASSI (ya citada en nota 350).

³⁸² STEDH dictada en I.H. ET AUTRES v. Austria, nº 42780/98, 20 de abril de 2006.

³⁸³ STEDH dictada en LANZ v. Austria nº 24430/94, 31 de enero de 2002.

³⁸⁴ CAMPBELL AND FELL v. RU, nº 7819/77 y 7878/77, 28 de junio de 1984, Series A nº 80.

Y así, en cuanto al “tiempo,” el TEDH ha resuelto según las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta como parámetros los plazos efectivos vigentes, la importancia del procedimiento, las necesidades de estudio requeridas por el asunto dada su complejidad o dimensión de la documentación disponible, entre otros.³⁸⁵

Respecto a las “facilidades,” la doctrina del Tribunal de Estrasburgo ha confirmado la inexistencia de una suerte de lista cerrada a tal efecto, diferenciando entre vulneración por “dificultad de preparación” e “imposibilidad”. Con ocasión de este tema muchas son las materias examinadas, entre otras, la información de la acusación, (señalando el tribunal que la aportación de hechos nuevos o cambios en la calificación jurídica de los hechos cuando no introducen un nuevo objeto en el proceso no afectan al referido derecho), relaciones entre abogado y cliente (poniendo especial acento en su calidad durante la instrucción, especialmente en casos de privación de libertad) y derechos de acceso al expediente,³⁸⁶ (requisito que ha de ser combinado con el factor tiempo para garantizar las posibilidades de examen) así como la participación personal del acusado en el proceso, (la necesidad de ser oído, en relación el principio de contradicción y la autodefensa).³⁸⁷

El TEDH viene considerando que si es posible subsanar o reparar en un momento posterior a la infracción la vulneración de este derecho, no se considerará relevante.³⁸⁸

En cuanto a las “limitaciones” jurisprudencialmente permitidas en este derecho, en ocasiones se ha tolerado la limitación judicial en la comunicación de medios de prueba a la defensa (con su oposición) por motivos de interés público³⁸⁹. Ha de

³⁸⁵ En STEDH dictada en as. *BORISOVA* estimó en un procedimiento incoado por una falta contra el orden público la vulneración del derecho al haber sido juzgado la misma tarde de los hechos mientras en la dictada en as. *ÖCALAN* tuvo en cuenta la concurrencia de un expediente muy voluminoso y el acceso tardío de los letrados al mismo. Sin embargo en la recaída en as. *CRAXI*, desestimó el recurso por haber prestado los abogados su anuencia al calendario propuesto por el tribunal. (*BORISOVA v. Bulgaria*, nº 56891/00, 21 de diciembre de 2006; *ÖCALAN v. Turquía* (GS), nº 46221/99, 12 de mayo de 2005, Reports 2005-IV; *CRAXI v. Italia*, nº 34896/97, 5 de diciembre de 2002).

³⁸⁶ STEDH de 31 de julio de 2007 (as. *ZAICEVS*, citado en nota 343).

³⁸⁷ Muy relacionado con este tema está la rebeldía procesal o juicios en ausencia así como las facilidades en materia de proposición de medios de prueba de influencia en el principio de presunción de inocencia, materia abordada posteriormente.

³⁸⁸ Vgr. la Decisión del TEDH dictada en as. *P. BARRIOS*. (*BARRIOS GARCÍA v. España*, nº 64050/00, Decisión de 22 de enero de 2002). Son reproducibles aquí *mutatis mutandis* las anteriores consideraciones sobre la tutela autónoma de este derecho que ha de prevalecer, sin vincular su trascendencia a una efectiva indefensión o vulneración del derecho al proceso debido.

³⁸⁹ En la STEDH dictada en as. *FITT v. RU*, (GS) nº 29777/96, 16 de febrero de 2000 (Reports 2000-II). Existen opiniones doctrinales disidentes que han sostenido que el proceso resulta en tales casos viciado por el secreto. Por todas, SANCHÍS critica esta decisión del TEDH señalando que el acceso de la defensa a las pruebas de cargo forma parte del contenido esencial del derecho a preparar defensa. Sostiene la actora (siguiendo a los defensores de la teoría absoluta) que este derecho y con independencia de que sea instrumental, tiene esa doble dimensión (contenido esencial y accesorio) sin que las limitaciones

aquilatarse mucho ese concepto de orden público, para mantener la tutela efectiva de este derecho, debiendo tomarse en consideración cuál sería su núcleo o contenido esencial irrenunciable (o acogiendo otra terminología, cuando no podrá ampararse su limitación en el principio de proporcionalidad). Nótese que en otros supuestos, el TEDH ha considerado las limitaciones impuestas como inadmisibles, exigiendo determinadas oportunidades y plazos en cuanto al derecho a la entrevista con el letrado,³⁹⁰ así como fijando un derecho de acceso al expediente sustantivo y no meramente formal (no bastando el acceso al mismo para considerar garantizado el derecho preparatorio, si no hay tiempo material para su examen y estudio).³⁹¹

Se ha criticado doctrinalmente la falta de convergencia en la tutela judicial de este derecho fundamental que en ocasiones sólo siendo ser vulnerado de forma *palmaria* ha obtenido la plena salvaguarda en vía judicial.³⁹² El TC viene siguiendo la anterior doctrina del TEDH y ha prestado en general atención a la relevancia de este derecho bien que centrándose también en sus manifestaciones o deficiencias más evidentes y notorias y en relación con los otros derechos fundamentales como el derecho de información y garantías probatorias.³⁹³

La trayectoria examinada de la jurisprudencia europea y nacional (básicamente coincidente) y el débil control que establece la Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales para el cumplimiento de las obligaciones de salvaguarda del derecho de acceso a materiales del expediente, no permite a corto plazo considerar que las previsiones sean exageradamente optimistas desde el punto de vista de un eventual refuerzo de esta concreta garantía desde un punto de vista europeo y *autónomo* (contemplada en sí misma y sin incidir en un resultado no equitativo o causante de indefensión efectiva). No por ello ha de minimizarse la importancia de otorgarle un enfoque uniforme en el ámbito europeo, atendiendo a su valor intrínseco. Ha de reabrirse el debate legislativo y doctrinal precisamente a resultas de la implementación del derecho europeo que desarrolla tales derechos, concretamente la

puedan franquear el núcleo duro del derecho (considera por tanto que su contenido no es solo limitable al amparo del principio de proporcionalidad). (SANCHÍS, *op.cit.*, nota 258).

³⁹⁰ Sentencia ÖCALAN (citada en nota 385).

³⁹¹ Sentencia LAMY, (citada en nota 259).

³⁹² Se ha señalado que el propio TEDH en algunas resoluciones es contradictorio e incluso poco sensible a esta garantía. Vgr. la STEDH recaída en MAYZIT v. Rusia, nº 63378/00, 20 de enero de 2005, en que pese a declararse que el imputado sufrió un trato degradante con vulneración del art. 3 CEDH por las deplorables condiciones de privación de libertad, sin embargo a continuación *sorprendentemente* descarta la vulneración del derecho a preparar su defensa, habida cuenta que en las reseñadas condiciones pretendió hacer uso del derecho de autodefensa.

³⁹³ Derecho a ser informado de la acusación en STC 30/1989 de 7 de febrero (citada en nota 353) y a utilizar medios de prueba para la defensa (STC (Sala 2ª) 30/ 1986, de 20 febrero, (Recurso de amparo 854 y 873-1983 (acumulado), BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1986.

anterior Directiva que parece apostar decididamente por una preparación efectiva de la defensa en todo el Espacio Judicial Europeo.

A3. EJERCITANDO LA DEFENSA EN LA UE

a) AUTODEFENSA: ¿*Trampa o ejercicio de libertad*?

La autodefensa supone la intervención personal y directa del acusado en su propia defensa. Está expresamente contemplado en el artículo 47 de la Carta, art 6.3 c) CEDH y en el PIDCP, no así en la CE, pese a ser expresamente reconocido en la jurisprudencia constitucional.³⁹⁴

El TEDH no lo configura como un derecho absoluto sino sometido a las condiciones de ejercicio reguladas en las legislaciones nacionales que varían sustancialmente³⁹⁵ siendo objeto de innumerables pronunciamientos en sede europea.³⁹⁶ Es un derecho interrelacionado con el de preceptiva audiencia en juicio y la facultad de poder expresar los propios argumentos, permitiendo incluso separarse de la previa estrategia del letrado. En nuestro ordenamiento procesal, en causas seguidas por delito (a diferencia del procedimiento de juicio de faltas), tiene un mínimo ámbito efectivo de acción ya que desde la imputación resulta preceptiva, como regla general, la asistencia letrado, pese a coexistir con aisladas manifestaciones del derecho de autodefensa en que destaca el derecho a la última palabra, (art. 739 LECRIM) así como el tan relevante derecho a declarar cuantas veces quiera a lo largo del procedimiento (art 396 y 400 LECRIM), que permite modificar o completar la versión del imputado en el curso del mismo (e incluso retractarse de la ofrecida inicialmente).³⁹⁷

³⁹⁴ STC (Sala 1ª) 29/1995 de 6 de febrero de 1995, (Recurso de amparo 2.699-1992), BOE núm. 59 de 10 de marzo de 1995, entre otras.

³⁹⁵ STEDH dictada en *ARTICO v. Italia*, nº 6694/74, 13 de mayo de 1980, Series A nº 37.

³⁹⁶ En relación con la presencia en juicio, *vid.* STEDH dictada en as. *POITRIMOL* y relacionado con las eventuales vulneraciones de derecho de defensa en casos de denegación del derecho de asistencia jurídica gratuita en procedimientos que permitan autodefensa, por todas, STEDH dictada en as. *PAKELLI*. (*POITRIMOL v. Francia*, nº 14032/88, 23 de noviembre de 1993, Series A nº 277-A y *PAKELLI v. Alemania*, nº 8398/78, 25 de abril de 1983, Series A64).

³⁹⁷ Otras serían: la eventual proposición verbal de la recusación del Juez instructor en casos de una persona privada de libertad en régimen de incomunicación (art. 58 LECRIM), el derecho de asistencia personal a diligencias de investigación (art. 302 LECRIM), la posibilidad de formular observaciones en diligencias de inspección ocular (art. 333 LECRIM) y en determinadas diligencias sobre el cuerpo del delito (art.336.2 LECRIM) así como en la solicitud de diligencia de identificación (art.368.LECRIM) y la posibilidad de oponerse personalmente al auto de elevación de detención a prisión provisional (art. 501 LECRIM).

La jurisprudencia constitucional española se ha pronunciado con frecuencia sobre este derecho, sustancialmente en coherencia con la meritada jurisprudencia del TEDH. En sede de instrucción, si bien el TC considera que no es necesaria e ineludible la asistencia letrada en todas las diligencias de instrucción, la exige siempre en casos de detención y de prueba sumarial anticipada, lo que daría margen a una eventual renuncia a la asistencia técnica y un correlativo ejercicio de autodefensa en los restantes casos.³⁹⁸ Se ha aceptado incluso la posibilidad de renunciar a letrado en una declaración voluntaria ante la policía en situación de libertad.³⁹⁹ En todo caso, salva el TC la posibilidad de prestar declaración sin abogado siempre que no se otorgue a tales declaraciones valor de prueba preconstituida.

La proscripción de la indefensión y la garantía del principio de igualdad procesal son los dos ejes con ocasión de los cuales se ha pronunciado el TC en materia de autodefensa. Y ello, siguiendo la estela del TEDH en relación a la preservación del derecho de defensa como integrante de los derechos al proceso debido (y en relación a otros derechos como el de asistencia jurídica gratuita).⁴⁰⁰ Sin embargo, desde un punto de vista constitucional, para que se considere vulnerado el artículo 24 CE, es imprescindible que esa falta de asistencia letrada en procedimientos que no requieren preceptivamente la presencia de letrado, haya producido *ex post facto* una situación de indefensión material real y efectiva, revelándose la autodefensa según las circunstancias concretas “insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada a sus derechos e intereses legítimos en el proceso”. Se exige que se haya producido un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.⁴⁰¹

También ha declarado el TC que el Juez puede negarse a suspender el juicio de faltas aunque el acusado así lo solicite para comparecer con letrado y que la negativa

³⁹⁸ STC (Sala 1ª) 229/1999, de 13 de diciembre de 1999, (Recurso de amparo 732-1997), BOE núm. 17 de 20 de enero de 2000. En ella, no se declararon nulas por infracción del derecho de defensa las diligencias sumariales practicadas por la sola circunstancia de la inasistencia de abogado defensor.

³⁹⁹ Entendiéndose que no hay indefensión este caso (STC, (Sala 1ª) 208/2007, de 24 de septiembre de 2007, (Recurso de amparo 6320-2005), BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2007). Y ello sin perjuicio de que dicha declaración se incorporase al atestado con su valor de simple denuncia y *nunca* como prueba de cargo preconstituida.

⁴⁰⁰ Destaca la STC 47/1987 en que considera el Tribunal que en principio los órganos judiciales han de acordar la suspensión del procedimiento hasta el nombramiento de letrado al litigante que carece de recursos económicos, tomando inmediatamente en consideración su voluntad de no acogerse *ab initio* a sus posibilidades de autodefensa. Y reza: “...no es aceptable denegar la tramitación de la solicitud de nombramiento de abogado de oficio al demandado que alega insuficiencia económica con el solo argumento de que el proceso al que es llamado no requiere intervención preceptiva de abogado, pero también que esta denegación no conlleva sin más la vulneración del derecho a la asistencia letrada gratuita pues la CE concede protección a los derechos fundamentales considerados no en sentido teórico e ideal sino como derechos reales y efectivos...”). STC (Sala 1ª) 47/1987, de 22 de abril de 1987, (Recurso de amparo 46-1986), BOE núm. 107 de 5 de mayo de 1987 (RJ 2º).

⁴⁰¹ STC (Sala 1ª) 161/1985, de 29 de noviembre de 1985, (Recurso de amparo 457-1984), BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1985 y STC (Sala 2ª) 101/2002, de 6 de mayo de 2002, (Recurso de amparo 2304-1998), BOE núm. 134 de 05 de junio de 2002 (FJ nº 2).

será constitucionalmente correcta si la falta de asistencia letrada es debida a su falta de diligencia y no causa indefensión material⁴⁰².

Como se ha señalado, en el escenario europeo, los instrumentos normativos de la UE generalmente se remiten (en la alternativa autodefensa/ asistencia técnica) a las legislaciones nacionales.

En el ámbito de un proceso europeo transnacional ante supuestos controvertidos o dudosos (desde la perspectiva de la propia legislación y jurisprudencia nacional), ha de imponerse una especial cautela en la garantía del derecho de autodefensa, debiéndose optar por la asistencia letrada preceptiva al afrontar la implementación del derecho de la UE en esta materia procesal penal. Y ello, muy especialmente partiendo de las exigencias de especialización propias de los instrumentos de cooperación internacional. En esos casos, la autodefensa, lejos de ser una garantía de independencia y libertad para el imputado (y en su caso una liberación al mismo de gastos procesales superfluos derivados de la defensa técnica), podría ser una auténtica *trampa* en que el mismo en determinados casos podría presumir para su actuación o estrategia procesal, consecuencias idénticas a las previstas en el proceso nacional, cuyo desarrollo en rasgos generales puede conocer, mientras en la práctica podría verse afectado de forma bien diferente por ordenamientos con regulaciones dispares.⁴⁰³

Son manifestaciones del derecho de autodefensa en la euroorden, el consentimiento a la entrega y renuncia al principio de especialidad, que ha de ser voluntario y emitido con plena conciencia de sus consecuencias,⁴⁰⁴ así como el no consentimiento a la entrega e intervención en la audiencia judicial⁴⁰⁵ y por cuya autenticidad ha de velar el Juez competente (actuando en una suerte de homologación de ese consentimiento formulado). En todo caso, adicionalmente a dicha garantía

⁴⁰² STC (Sala 2ª) 22/2001, de 29 de enero de 2001, (Recurso de amparo 2598-1998), *BOE* núm. 52 de 1 de marzo de 2001. Sobre el derecho a autodefensa en *juicio oral* se han contemplado como manifestaciones específicas la facultad de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla. (STC (Sala 1ª) 65/2007, de 27 de marzo de 2007, (Recurso de amparo 2508-2004), *BOE* núm. 100 de 26 de abril de 2007) y muy concretamente interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra (derecho explicitado en el CEDH), garantizando así las plenas posibilidades de contradicción y haciendo constar cómo el derecho a la última palabra también forma parte del derecho de defensa. En tal sentido la STC 13/2006 considera vulnerado el derecho de defensa con respecto a la garantía al ejercicio del derecho a la última palabra dotándole de relevancia propia como auténtica garantía procesal hasta el punto de anular las sentencias en que no se concedió el mismo ordenando la celebración de nueva vista oral. (STC (Sala 2ª) 13/2006, de 16 de enero de 2006, (Recurso de amparo 387-2003), *BOE* núm. 39 de 15 de febrero de 2006).

⁴⁰³ Vgr., un detenido en virtud de ODE que consiente a su entrega en la confianza de que la pena privativa de libertad pendiente de ejecución va a ser necesariamente suspendida en Estado de emisión (por estar dentro de los parámetros penológicos en que así lo preceptúa su derecho nacional) y luego no es así a tenor de la normativa de aquel.

⁴⁰⁴ Art. 13 de la DM reguladora de la misma, (citada en nota 12).

⁴⁰⁵ Art. 14 de la misma norma.

judicial, la generalización de la asistencia letrada al detenido en virtud de ODE, no permite entender que existan riesgos objetivos para la situación personal del reclamado en ejercicio de tales derechos fundamentales.

Y así, ha de concluirse que la autodefensa puede ser peligrosa para la intangibilidad de los derechos de defensa del imputado en tanto que en ocasiones la mera apariencia de una plena comprensión del mismo sobre sus derechos y armas procesales a su alcance y por tanto, una voluntad firme y decidida de asumir personalmente su defensa, puede no responder a un verdadero conocimiento del desarrollo del proceso, (especialmente técnico y complejo en una dimensión transnacional). No por ello ha de quedar, sin embargo, reducida a la mínima esencia. La facultad legalmente prevista de acogerse a la autodefensa, no impide el ejercicio del derecho a la asistencia letrada, ya que el derecho de autodefensa ha de ser un plus y no un menoscabo del derecho de defensa en sentido amplio.⁴⁰⁶

Es especialmente difícil en el ámbito del proceso europeo, calibrar acertadamente el alcance que ha de tener ese derecho y por tanto respetar un ámbito de actuación autónomo del propio imputado con independencia de la desplegada por un letrado defensor. Aunque el imputado cuente con una cierta capacidad, bagaje jurídico y experiencia suficiente para tratar de asumir su autodefensa en determinadas actuaciones, siempre partirá de los conceptos jurídicos propios de su ordenamiento nacional con el que poco o mucho puede estar familiarizado y que no necesariamente han de coincidir con el del lugar en que se desarrolle el procedimiento de que es parte. Es especialmente relevante en tal caso la actitud que ha de adoptar el Juez de Instrucción a la hora de valorar (cuando su ordenamiento se lo permita), la posibilidad o necesidad en determinados supuestos de dotar al imputado de una asistencia técnica, incluso cuando hubiera podido prescindir legalmente de la misma, si se estimara preciso para garantizar su derecho de defensa en toda su amplitud y para preservar en todo caso la equidad y contradicción del proceso.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Cuestión distinta es cuando se pone en relación con la necesidad o no –por insuficiencia objetiva de recursos económicos- de solicitar el derecho de justicia gratuita. En tal caso no puede el legislador bajo una aparente liberalidad permitiendo un cierto campo de acción autónomo a la actividad autotutiva del imputado, excepcionar de esa asistencia gratuita actuaciones de tanta relevancia que pudieran comprometer efectivamente la eficacia de la defensa y que de ordinario son asumidas (aunque no sea preceptivo legalmente) por una defensa técnica.

⁴⁰⁷ Un sector doctrinal se ha hecho eco de la interesante “Tesis de proyección activa de la autodefensa”, (CARRARA) no tanto como sustitución sino como integración de la actividad de defensa con la desplegada por su defensor. (CARRARA, F. *Derecho Penal*, vol. 3, Biblioteca clásicos del derecho, Oxford, 2003).

b) DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Este derecho está explicitado en el tercer párrafo del artículo 47 de la Carta y artículo 6.3 c) CEDH y también reconocido en el artículo 14, apartado 3, letra d), del PIDCP. En nuestro ordenamiento está previsto en el artículo 119 CE y 121 LECRIM. Es un derecho fundamental intrínsecamente ligado al derecho a la asistencia letrada y al de tutela judicial efectiva.

Su carácter instrumental en relación con el derecho de defensa no ha de enmascarar la esencial importancia de su tutela efectiva desde un punto de vista autónomo y con un perfil propiamente europeo en la progresiva construcción de un ELSJ. Así, lo evidencia el hecho de que la Hoja de ruta de Estocolmo lo incluyera expresamente entre los derechos que exigían medidas legislativas aproximadoras, recogiénolo como medida C) en interrelación con el “derecho al asesoramiento jurídico”.

El artículo 47 (párrafo 3) de la Carta lo consagraba como un derecho positivo de prestación (“se prestará asistencia jurídica”) atendiendo a su doble legitimación: de orden material (“a disposición de quienes carezcan de recursos suficientes”) y finalista (“siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar el acceso efectivo a la justicia”). En el mismo sentido, a su vez, el artículo 6 .3 c) de la CEDH establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a asistencia jurídica gratuita” con ese doble requisito “si no tiene medios suficientes para pagar un defensor de su elección [...] cuando el interés de la justicia así lo exige. ”).⁴⁰⁸

Pueden encontrarse continuas manifestaciones tuitivas de este derecho en el ordenamiento jurídico de la UE, tanto en el pilar comunitario como con ocasión del desarrollo del llamado tercer pilar. Nótese la existencia de un embrionario intento de aproximación de las legislaciones estatales en la materia que derivó en la aprobación de la Directiva sobre mejora del acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita

⁴⁰⁸ Ha de señalarse que los principios fundamentales en los que debe basarse un sistema de asistencia jurídica gratuita se recogen en los principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la justicia gratuita en los sistemas de justicia penal, adoptados el 20 de diciembre de 2012 por la Asamblea General.

para dichos litigios (Directiva 2002/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003), norma que ofrecía una protección más extensa que la esbozada por el propio CEDH.⁴⁰⁹

En cuanto al desarrollo del tercer pilar, la DM en materia de víctimas y la reguladora de la orden de detención, (que fue precisamente criticada por remitir la regulación de este derecho en bloque a cada una de las heterogéneas legislaciones nacionales), nada aportaron desde un punto de vista eventualmente aproximador de las regulaciones nacionales.

Este derecho ha sido igualmente reconocido sin novedades en las Directivas aprobadas últimamente en materia de garantías procesales (traducción e interpretación e información). El artículo 11 de la recientemente aprobada Directiva sobre derecho a la asistencia letrada señala que “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa nacional en materia de asistencia jurídica gratuita, que se aplicará de conformidad con la Carta y con el CEDH”. Ninguna novedad sustancial supone dicha referencia, más sucinta y pobre aún que la de la Propuesta de dicha Directiva que al menos explicitaba adicionalmente una cláusula de no regresión, prohibiendo la aplicación a los Estados de disposiciones menos favorables sobre asistencia jurídica a las actualmente en vigor en materia de acceso a un abogado (art 12 de la Propuesta).

Ello no significa que la UE haya aparcado el proyecto legislativo armonizador/aproximador en esta materia. Precisamente haciendo expresa referencia a dicha Directiva en materia de asistencia letrada y como parte de un importante y reciente paquete de medidas legislativas también relativas a las garantías penales, se ha aprobado por la Comisión el 27 de noviembre de 2013 una Propuesta de Directiva sobre el derecho a la 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 europea⁴¹⁰. Esta Directiva garantizará que los sospechosos

⁴⁰⁹ Directiva 2002/8/CE del Consejo, 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. (DO L 26 de 31 de enero de 2003, pp. 41/47). El inicial proyecto de la Comisión (tratando sin éxito de armonizar los sistemas internos de justicia gratuita de los Estados miembros) una vez más resultó más ambicioso que la voluntad de los Estados miembros, por lo que su ámbito fue limitado a los supuestos transfronterizos (cuando el solicitante tenga residencia habitual o este domiciliado en Estado miembro distinto a aquel del juzgado competente).

⁴¹⁰ El 27 de noviembre de 2013, la Comisión aprobó una Propuesta de Directiva del PE y del Consejo sobre 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. (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (27 de noviembre de 2013) (/* COM/2013/0824 final - 2013/0409 (COD) */). Dicha Propuesta se engloba en un paquete de medidas en materia de garantías penales procesales, que incluye también una Propuesta de Directiva del PE y del Consejo por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de

tengan acceso a la justicia gratuita en las fases iniciales de los procesos penales (cuando los ciudadanos acusados son especialmente vulnerables, especialmente si han sido detenidos) así como a las personas detenidas en virtud de una orden de detención europea.

Paralelamente (dentro de dicho paquete legislativo) y también en relación con la Directiva de asistencia letrada, se ha elaborado la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013 sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los sospechosos o acusados en los procesos penales.

Así pues, la Comisión, asumiendo una nueva estrategia en esta materia de difícil consenso, ha diferenciado entre la idoneidad de dos instrumentos diferentes.

De un lado, una Recomendación en cuanto a los criterios de acceso a la asistencia letrada y las garantías de calidad y eficacia para promover cierta convergencia en la evaluación de los requisitos para obtener asistencia jurídica gratuita en los Estados miembros, (animándoles a adoptar medidas para mejorar la calidad y la eficacia de la administración y los servicios de asistencia jurídica gratuita). La elección de una simple Recomendación se justifica por los costes que esta medida podría conllevar para los Estados miembros y en atención al principio de proporcionalidad de la actuación de la Unión. Sin embargo en los supuestos que se estiman más relevantes, para garantizar la asistencia de un abogado, la Comisión propone adoptar una Directiva sobre la asistencia jurídica provisional. La Propuesta de Directiva prevé, la obligación para los Estados miembros de proporcionar una asistencia jurídica gratuita directamente –es decir, sin esperar a que las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate hayan adoptado una decisión final sobre la concesión (o denegación) de la asistencia jurídica– en dos casos que son los que más perentoriamente precisan de la concesión de dicho derecho: cuando una persona se vea privada de libertad y en los casos de personas objeto de una orden de detención europea o privadas de libertad en el Estado miembro de ejecución.

La Propuesta de Directiva se proclama, como no podía ser menos “estrechamente relacionada” con la Directiva 2013/48/UE relativa al derecho a la asistencia de letrado⁴¹¹, y su objetivo es contribuir a hacer efectivo ese derecho a la asistencia técnica en las primeras fases del procedimiento, al menos en cuanto a las

inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales y la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

⁴¹¹ *Vid.* nota 144.

personas privadas de libertad y los buscados por una ODE, a fin de garantizar el derecho a la asistencia de letrado tanto en el Estado miembro de ejecución como en el de emisión (derecho de doble defensa).

Define esta norma europea la asistencia jurídica gratuita como “la financiación y la asistencia que presta el Estado miembro para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia de letrado. Debe cubrir los costes de la defensa, tales como el coste del letrado y otras costas procesales como las tasas judiciales”. La Propuesta regula un derecho en principio más limitado: una asistencia jurídica gratuita *provisional*: la que se presta a una persona privada de libertad hasta la adopción de la decisión sobre la asistencia jurídica gratuita. Ya que en virtud de la Directiva sobre el derecho a la asistencia de letrado, los sospechosos o acusados tienen derecho a la asistencia del mismo, entre otras cosas, inmediatamente después de la privación de libertad y antes de ser interrogados, la misma debería durar al menos hasta que la autoridad competente adopte la decisión definitiva. Se prevé la posibilidad de recuperar costos si finalmente no fuera concedida. La Propuesta prevé igualmente una cláusula de no regresión.

Fundamenta la necesidad de regular una asistencia jurídica gratuita provisional “para la fase inicial de los procedimientos que es cuando los sospechosos o acusados, especialmente si están privados de libertad, son más vulnerables” y están más necesitados de la asistencia jurídica de un letrado. Constata la Comisión que aparentemente las personas buscadas por el procedimiento de la orden de detención europea no siempre tienen acceso a la asistencia jurídica gratuita en los Estados miembros debiendo tenerse en cuenta que además, los derechos recogidos en el artículo 6 del CEDH, (incluido el derecho a la asistencia jurídica gratuita), no se aplican al procedimiento de extradición. Por tanto, con el fin de aumentar la confianza mutua y hacer efectivo el derecho a la doble defensa en el procedimiento de la orden de detención europea, la Directiva exige también a los Estados miembros que reconozcan el acceso a la asistencia jurídica gratuita, más allá de la asistencia jurídica provisional, ya que las personas buscadas no siempre están privadas de libertad. Este distinto tratamiento para detenidos y “buscados” en virtud de una ODE ha sido sin embargo objeto de críticas por entender que podría suponer una desigualdad de trato con efecto discriminatorio, (que en algunos casos beneficiaría al reclamado frente al simple sospechoso detenido). Posiblemente será uno de los ejes del debate en el proceso de aprobación de esta importante norma.

Igualmente ha sido censurada la regulación fragmentada de este derecho (en una Directiva y una Recomendación), justificados por la Comisión aduciendo el respeto

estricto de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (y alegando motivos también económicos). Si bien la Comisión no propone en la Propuesta de Directiva parámetros jurídicamente vinculantes sobre las pruebas de admisibilidad o sobre la calidad (que son diferidos a la Recomendación, que completa aquella), es obvio que un tratamiento de ambos aspectos ha de ser paralelo y armónico en todo caso.⁴¹²

La Recomendación a su vez, (sin descartar la adopción futura de medidas legislativas) enfatiza la importancia no sólo del acceso a este derecho sino de su eficacia y calidad. Sigue la tradicional terminología del TEDH señalando que ha de salvaguardarse el acceso a la asistencia jurídica gratuita de los sospechosos o acusados y las personas buscadas que carezcan de recursos económicos suficientes para sufragar la totalidad o parte de las costas de defensa y procesales, en la medida en que esta sea necesaria en “interés de la justicia”. También siguiendo los dictados del mismo, aligera el *onus probandi* del sospechoso o acusado que “no debería tener que probar, fuera de toda duda razonable, que sus recursos económicos son insuficientes”. El TEDH ha venido asumiendo la discrecionalidad de los distintos márgenes de regulación nacional en cuanto a los parámetros cuantitativos.

También sigue la Comisión en su Recomendación la doctrina del TEDH a los efectos de determinar cuándo el “interés de la justicia” exige que se conceda la asistencia jurídica gratuita, manteniendo que deben tenerse en cuenta “los criterios no acumulativos de la gravedad del delito, la severidad de la sentencia en cuestión, la complejidad del asunto y la situación personal del sospechoso o acusado”. Considera concurrente dicho requisito siempre en supuestos de privación de libertad.

En el mismo sentido, ha venido declarando el TEDH que ese “interés de la justicia” viene impuesto si las circunstancias personales y del caso conducen a una hipotética y probable autodefensa ineficaz,⁴¹³ insistiendo como criterio fundamental al efecto en la severidad de la pena a imponer y la complejidad del asunto.⁴¹⁴ También es tenida en cuenta la situación personal del inculcado así como una valoración de la sostenibilidad en relación lógica con la finalidad estrictamente práctica e instrumental de

⁴¹² Así lo señala la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del PE al valorar la Propuesta. Por su parte, en su Dictamen, el Comité Económico y Social Europeo de 25 de marzo de 2014, (DO C 226/12 de 16 de julio de 2014, pp.63/67), considera que no debe ponerse en peligro la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales debido a las dificultades presupuestarias que experimentan algunos Estados miembros. Se pregunta, además, en qué medida podrían liberarse los recursos necesarios en este ámbito a nivel europeo, por ejemplo a través de un fondo europeo.

⁴¹³ As *PAKELLI*, nota 396.

⁴¹⁴ STEDH dictada en as. *TALAT TUNÇ v. Turquía*, nº 32432/96, 27 de marzo de 2007.

este derecho preordinado a garantizar la efectividad de la defensa (como derecho real y efectivo).

A tal efecto, el TEDH ha matizado la necesaria compatibilidad de una defensa de oficio pero “efectiva” (no basta un mero nombramiento de letrado sino que se asuma propiamente la “asistencia”).⁴¹⁵ Los errores o negligencias del letrado no entrañan responsabilidad del Estado concernido en el caso concreto “en principio,” pero si son manifiestos, el Estado estará obligado a evitar la lesión o vulneración del derecho de defensa.⁴¹⁶ Supone una obligación positiva estatal indispensable.

En cuanto a la calidad en la prestación del derecho, exige la Comisión que la decisión sobre su concesión en un proceso penal se adopte “con la suficiente antelación para que el sospechoso o acusado pueda presentar sus argumentos de forma concreta y eficaz” debiendo “asegurar un alto nivel profesional de la asistencia jurídica que garantice un juicio imparcial”.⁴¹⁷

Se insiste así en la plena efectividad del derecho quedando pendiente el eterno problema de la necesaria seguridad jurídica entre los sospechosos o acusados, y la exigencia de un mínimo de homogeneidad en los criterios de acceso de forma que pueda ser previsto por quien va a solicitarlo. Se enfatiza la necesidad de incluir en la Directiva garantías sobre calidad de asistencia jurídica, insistiendo en el necesario protagonismo del destinatario, debiendo tenerse en cuenta sus preferencias y deseos, no sólo con respecto a la elección del abogado de oficio sino también sobre la necesidad de continuidad en la representación legal y posibilidad de sustitución del abogado de oficio, en caso de eventual pérdida de confianza en el letrado.

En cuanto al derecho de información sobre este derecho (no exigido por el CEDH pero si por el PIDCP en art 14.3 d), la Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales, (antes analizada) lo incluye expresamente en su artículo 3, 1 b) como derecho a la información acerca del “*eventual* derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla”. En la legislación española ya estaba explicitado este derecho a tal información en algunos preceptos.⁴¹⁸ La citada normativa

⁴¹⁵ STEDH recaída en as. *GODDI v. Italia*, nº 8966/80, 9 de abril de 1984, Series A nº 76 y STEDH dictada en as. *KAMASINSKI* (citada en nota 320).

⁴¹⁶ STEDH dictada en as. *SANNINO v. Italia* nº 30961/03, 27 de abril de 2006, Reports 2006-VI.

⁴¹⁷ Para ello exige que los Estados miembros establezcan sistemas eficaces que garanticen el nivel general de los letrados de la asistencia jurídica gratuita. Y a tal fin, sistemas de acreditación de los letrados de la asistencia jurídica gratuita, asegurándose de que se adopten las medidas necesarias cuando se produzca una deficiencia manifiesta en la asistencia jurídica, y de que se ponga en conocimiento de los Estados miembros de forma adecuada.

⁴¹⁸ (Arts. 771.2, 775, 776.1, 962.2 y 972.2 LECRIM).

europea (y su implementación) ha reforzado la relevancia de este derecho como auténtica garantía fundamental.

En nuestro ordenamiento nacional, la antes citada Directiva 2002/8/CE fue objeto de transposición al derecho español en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita incluyendo beneficios como asistencia de letrado, exención de costas o cobertura en determinadas condiciones de gastos suplementarios; intérprete, traducción y gastos de desplazamiento. Dicha Ley 1/1996 será sustituida por el texto que resulte de la aprobación del Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (de 21 de febrero de 2014) ya remitido a las Cortes y en que se contiene la regulación sustantiva del derecho a la justicia gratuita. En el mismo, se confiere una cierta relevancia al derecho europeo ya que expresamente el legislador afirma seguir las directrices marcadas por 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),⁴¹⁹ recalcando como novedad la promoción de una regulación aún más extensa del derecho, bien que desde la perspectiva de las víctimas.⁴²⁰

En nuestro ordenamiento, el derecho a la gratuidad de la defensa ha sido consagrado como auténtico y genuino derecho social fundamental de prestación y con marcado carácter universal.⁴²¹ El derecho a la gratuidad de asistencia letrada forma parte del derecho al proceso debido por lo que es susceptible siempre de amparo constitucional. El art 119 CE fue desarrollado por la citada ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita que lo consagra como un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva).

⁴¹⁹ *Vid.* nota 58.

⁴²⁰ El Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 21 de febrero de 2014. señala en su exposición de motivos que siguiendo las directrices marcadas por la Directiva 2012/29/UE del PE 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), se amplía el ámbito subjetivo de reconocimiento del derecho a determinados colectivos que se consideran especialmente vulnerables más allá de lo establecido en la citada norma europea. Se mantiene el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita a determinadas víctimas en los términos introducidos por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero y así, con independencia de la insuficiencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho con carácter general a todas las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, en todos aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. (Esta extensión de la justicia gratuita, de ser aprobada, supondría un importante avance respecto a la situación recogida en la Ley de 1996, en la que se les garantizaba la defensa jurídica especializada de forma inmediata, pero no así el reconocimiento del derecho de justicia gratuita que seguía sujeto al cumplimiento requisitos generales, de forma que, si no se les reconocía con posterioridad el derecho, debían sufragar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente). (proyecto disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-remitidoscortes>)

⁴²¹ Así lo ha declarado, entre otras, la STC (Sala 1ª) 47/1987, de 22 de abril de 1987, (Recurso de amparo 46-1986), *BOE* núm. 107 de 5 de mayo de 1987.

⁴²²Sin embargo pese a su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en la CE el derecho a la justicia gratuita ha sido reconocido separadamente, (al margen de las garantías del art. 24 CE y del derecho de defensa contenido en dicho precepto) concretamente en el art 119 CE. ⁴²³

Desde un punto de vista material, su concesión implica un análisis casuístico en que el acusado que ha de solicitar dicho “beneficio” tiene la carga de la prueba sobre la efectiva carencia de medios, según baremo estatalmente predeterminado- y normalmente actualizado de conformidad con distintos índices económicos, valoración sujeta a posterior control judicial. Ello implica una previa decisión legislativa inseparable de los efectivos recursos económicos estatales y autonómicos para hacer frente a la efectiva prestación de este servicio.

El actual Proyecto de Ley señala que dado que las nuevas tasas judiciales suponen un incremento de los costes procesales, para que ello no limite el acceso a la tutela judicial efectiva, han de elevarse los umbrales hasta ahora vigentes, así como ampliar el reconocimiento excepcional del derecho. Trata con ello el gobierno español de salir al paso de las fuertes críticas suscitadas por las normativa en materia de tasas, controversia que no puede dejar de evidenciar cómo los recursos económicos efectivos de cada Estado miembro y su bonanza o crisis económica inciden directamente en la regulación de este derecho procesal a nivel nacional y por ende, repercutirán también en la dimensión “europea” del mismo.⁴²⁴

⁴²² Señala el TC que este derecho actúa con carácter y forma instrumental y destaca su importancia contra la indefensión generada por ausencia de recursos para litigar. (STC (Sala 1ª) 117/1998, de 2 de junio de 1998, (Recurso de amparo 2.920-1997), BOE núm. 158 de 3 de julio de 1998.

⁴²³ El actual Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita se encuentra estrechamente relacionado, como predica su propia exposición de motivos, con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Las tasas judiciales reguladas en aquella fueron objeto de enorme contestación social por parte de todos los colectivos jurídicos (colegios de letrados y procuradores, asociaciones judiciales...) consideradas un auténtico obstáculo al acceso por parte del ciudadano a una tutela judicial efectiva, notoriamente en cuanto al derecho a recurrir. (Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012, pp. 80820- 80832 (Ref. BOE-A-2012-14301). Esta Ley ha sido modificada por el artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015, pp. 19058- 19101, (Ref. BOE-A-2015-2109) que ha ampliado notoriamente los supuestos de exención de las citadas tasas, excluyendo de su abono a las personas físicas.

⁴²⁴ De otro lado, no cabe confundir el derecho al nombramiento de letrado de oficio (para garantizar la continuidad del procedimiento con plenas garantías de defensa técnica en defecto de nombramiento de letrado de la elección del imputado –que podría darse en supuestos de suficiencia económica y en que se ha de asumir su remuneración por aquel-) y derecho a justicia gratuita y por tanto a que ese letrado sea remunerado con fondos públicos. Con ocasión de los últimos problemas financieros en esta CAPV se han producido importantes dilaciones, y por qué no decirlo también distorsiones en el derecho de defensa de los asistidos en un primer momento por letrado de oficio en el Juzgado de guardia que posteriormente han renunciado con la aquiescencia del Colegio de Abogados, *al no haber solicitado o eventualmente no haberles sido concedido a sus patrocinados el derecho de justicia gratuita y ello ante la expectativa cierta*

En todo caso, como se ha reseñado, no basta con un formal reconocimiento del derecho, debiendo ser preservado su ejercicio efectivo por una regulación ágil y operativa y sobre todo, por una dotación de medios materiales y personales suficientes para afrontarlo en su plena dimensión y asumiendo los nuevos retos de una progresiva configuración de un ELSJ. El derecho a la justicia gratuita, lejos de ser secundario, recobra su plena relevancia en el momento actual, en un contexto de crisis económica que exige importantes recortes presupuestarios también en estos ámbitos. La necesaria confianza mutua que exige el nuevo escenario de cooperación judicial basado en el reconocimiento mutuo, exige un desarrollo legislativo, si no totalmente armonizado, al menos coordinado sobre este derecho. La última palabra dependerá de la suerte que hayan de seguir los proyectos legislativos actualmente en vigor, tanto la Propuesta de Directiva en sede europea como el actual Proyecto de Ley a escala nacional.⁴²⁵

c) DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y NO INCRIMINARSE EN SU DECLARACIÓN *¿Peligroso silencio? Mentiras legales, mentiras piadosas*

El derecho de todo sospechoso/imputado o acusado a no incriminarse (principio *nemo tenetur se ipsum accusare*), no está expresamente consagrado en la Carta ni en el Convenio pero ha sido ampliamente reconocido por el TEDH como un derecho de creación jurisprudencial. Lo reconocía expresamente el PIDCP y también lo explicita nuestra CE siendo objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales por parte del TS y el TC.

EL TEDH lo ha afrontado en su vertiente positiva y negativa: como derecho al silencio parcial sobre circunstancias que podrían ser autoincriminatorias (derecho a la no autoincriminación) y total (derecho a guardar silencio). Ambos son derechos instrumentales del genérico derecho a la defensa y en plena conexión con el principio de presunción de inocencia. Por dicho Tribunal se ha reconocido que el derecho a guardar silencio y a no contribuir a su propia incriminación son normas internacionales

de no percibir sus honorarios y la injustificable falta de compromiso gubernamental al respecto. La dilación procesal ha sido evidente debiendo proveerse nuevo nombramiento *de oficio* para garantizar la continuación de la causa-en fases en que el letrado es preceptivo- y sin que el acusado haya podido conseguir una coherente y continuada defensa por el mismo profesional que inicialmente le asistió y pasando en ocasiones por nombramientos sucesivos de letrados, desafortunadamente “desmotivados” en cuanto a la asistencia de dichos “incómodos” clientes.

⁴²⁵ De aprobarse en primer lugar este último, más que probablemente la futura Directiva exigirá nuevas reformas o retoques del mismo en su ulterior implementación.

generalmente aceptadas que forman parte del núcleo de la noción de proceso justo.⁴²⁶ Ha precisado que el derecho a no contribuir a su propia incriminación presupone que, en asuntos penales, la acusación intente buscar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo constricción o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado.

En cuanto a los efectos del ejercicio de este derecho, la doctrina del TEDH insiste en que el silencio no debe pesar en la decisión condenatoria del juzgador de forma determinante, ya que ésta debe basarse en otras pruebas o el proceso no sería equitativo⁴²⁷. Está muy ligado a los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que una prueba pueda calificarse como “prueba de cargo”, constituyendo ambos derechos una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en el sentido de que es la acusación la que tiene la carga de la prueba excluyendo la obligación para el imputado/acusado de aportar elementos de prueba que supongan su autoincriminación ni la obligación de acreditar su inocencia.

Igualmente está íntimamente relacionado con el ejercicio de la autodefensa y las garantías procesales previas y simultáneas a la prestación de declaración del imputado como tal. En tal caso, el derecho de asistencia letrada reconocido en forma temprana y eficaz servirá de salvaguarda del mismo en cuanto a la actitud de sospechosos/imputados especialmente vulnerables o proclives inicialmente a la confesión, en supuestos en que las pruebas frente a los mismos sean sin embargo endebles y un asesoramiento técnico oportuno pueda garantizarles al menos un juicio justo, no perjudicado por una precipitada o inmotivada admisión de hechos.

Ya se ha señalado cómo en la Directiva relativa al derecho a la información sólo se incluye en los derechos objeto de la información al sospechoso o acusado el derecho a permanecer en silencio (art.3.1 e). Teniendo en cuenta que dicha Directiva ha nacido antes de armonizar o aproximar el mínimo acervo común en materia de los derechos procesales cuya información se proporciona, viene a evidenciar que la perspectiva de todos los Estados miembros sobre estos derechos (y muy especialmente sobre el derecho a no incriminarse) no es uniforme.

En todo caso, es esencial para preservar estos derechos, que sean amparados por el derecho preparatorio de información o instrucción de derechos al imputado desde

⁴²⁶ STEDH dictada en as. *FUNKE*, en la que proscribe la existencia de coacciones con el fin de provocar una autoinculpación en el proceso penal. (citada en nota 220).

⁴²⁷ STEDH dictada en as. *MURRAY*. (citada en nota 220).

un primer momento. A tal respecto, el TC español⁴²⁸ ha validado la posibilidad de informar a través de fórmulas genéricas de advertencia del derecho a no declarar contra sí mismo considerando que no existe en tal caso, lesión de derechos, si concurren determinadas circunstancias (valorada la grabación concreta de la declaración y no pudiendo deducir la falta de voluntariedad de la misma). Concluye que puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí ni confesarse culpable, una genérica advertencia del derecho a guardar silencio, sin que ello suponga confusión de ambos derechos. Al efecto y de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TEDH matiza que aunque no han de identificarse ambos derechos (el derecho a no declarar contra sí y no confesarse culpable y el derecho a guardar silencio), sin embargo el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio.⁴²⁹ Estas sentencias y otras muchas ponen de relieve la gran importancia de una adecuada instrucción o información de derechos al sospechoso o imputado y cómo las deficiencias informativas pueden viciar gravemente la posterior defensa del mismo.

En la misma línea y siempre siguiendo la doctrina de Estrasburgo, ha señalado el TC cómo el derecho a no declarar y no confesarse culpable no puede ocasionar por sí solo perjuicios al reo, siendo “irrazonable” desde un punto de vista constitucional y lesiva de tales derechos fundamentales una apreciación judicial que fundamente la pena impuesta en el hecho de que el acusado en ejercicio de tales garantías (derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ex art 24.2CE), no se conforme con la pena solicitada por la acusación, negando incluso los hechos más evidentes.⁴³⁰

El TEDH viene insistiendo en que el derecho a guardar silencio y no declararse culpable representa el núcleo de la noción de proceso justo consagrada en el art 6 del Convenio, por lo que los Tribunales deben abstenerse de utilizar el silencio del acusado en su contra.⁴³¹ Ello es compatible, sin embargo, con tener en cuenta el silencio, sobre todo en situaciones que requiriesen una explicación por su parte, para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo. Y así, no deja de notarse como el silencio puede ser muy peligroso en ocasiones, cuando las explicaciones requeridas al imputado son

⁴²⁸ Entre los significativos pronunciamientos jurisprudenciales en el ámbito nacional en cuanto al reconocimiento del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, destacan: STC (Pleno) 76/1990, de 26 de abril de 1990, (Recurso de inconstitucionalidad 695-1985, 889-1988 y 1960-1988 (acumulados), *BOE* núm. 129 de 30 de mayo de 1990 y STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre de 1995, (Cuestión de inconstitucionalidad 2.848-1993, 2.849-1993, 3.413-1993, 3.828-1993, 1.270-1994 y 2.217-1994 (acumulados), *BOE* núm. 21 de 24 de enero de 1996.

⁴²⁹ STEDH dictada en as. *SAUNDERS*, (citada en nota 220).

⁴³⁰ STC (Sala 1ª) 75/2007, de 16 de abril de 2007, (Recurso de amparo 4774-2004), *BOE* núm. 123 de 23 de mayo de 2007.

⁴³¹ STEDH dictada en as. *CONDON v. RU*, nº 35718/97, 2 de mayo de 2000, Reports 2000-V.

aparentemente simples y de fácil prueba exculpatoria a disposición del imputado, que sin embargo con aparente tenacidad ilógica se “atrinchera” en su derecho al silencio aprovechando la total ausencia de pruebas periféricas. Resulta en tal caso difícil al Juez instructor archivar provisionalmente la causa cuando en realidad, el indicio más sólido que tiene en tal caso de culpabilidad del imputado es precisamente su injustificado silencio, pese a lo cual, no podrá el mismo *per se*, en ausencia de restante acervo probatorio, ser tenido en cuenta para continuar una instrucción sin adicionales líneas de investigación. En tal caso, la única consecuencia eventualmente “autoincriminatoria” (o perjudicial para los derechos de defensa) de ese silencio o negativa a declarar del imputado, (amparado por esta garantía y por la presunción de inocencia), será la de haber generado en el órgano instructor una duda fundada de su culpabilidad que sólo podrá influir en que el mismo (o el MF o acusación particular en su caso), se empece en abrir o proseguir nuevas vías probatorias o agotar las posibilidades a su alcance que quizá en otro caso habría descartado incluso por economía procesal (precisamente, en ocasiones las que exigen cooperación judicial penal en el ámbito europeo en procesos transnacionales por su mayor grado de complejidad).

Es por ello que las distintas estrategias de defensa asumidas en cada caso habrán de sopesar muy bien (para conjurar tales riesgos), cuándo es ventajoso acogerse sin más a estas garantías para evitar contradicciones o errores que pudieran evidenciar la culpabilidad del imputado y cuándo puede precisamente generar sospechas adicionales relativas al mismo.

De otro lado, ha de señalarse que el reconocimiento de esta garantía procesal no excluye la validez y eficacia de eventuales declaraciones autoinculpatorias. Los anteriores derechos no se entienden menoscabados por posibles confesiones, siempre que la declaración ante el Juez de Instrucción fuera realizada de manera voluntaria y sin ningún tipo de imposición o constricción.⁴³² Para dar relevancia probatoria a dichas declaraciones autoinculpatorias es evidente que no ha de existir recelo alguno sobre el presupuesto de una correcta y completa información al sospechoso o acusado sobre el contenido de sus derechos procesales (entre los que se encuentra precisamente éste *nemo tenetur se ipsum accusare*). Sin dicha previa información, que ha de ser especialmente rigurosa en supuestos de un proceso con elementos transnacionales, (preferentemente con asistencia letrada que le permita antes de declarar sopesar los pros y contras de esa eventual admisión de hechos o “confesión”), podría erróneamente

⁴³² STC (Sala 1ª) 38/2003, de 27 de febrero de 2003, (Recurso de amparo 2037-99), BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2003.

creer el imputado que obtendrá alguna suerte de beneficio procesal o rebaja automática de la pena a resultas de su autoincriminación. Dicho efecto está excluido como regla general en nuestro ordenamiento a salvo claro, de una confesión completa y con los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la aplicación de la atenuante analógica en relación al artículo 21.4 CP (atenuante de colaboración)⁴³³ o la posibilidad de alcanzar una sentencia de conformidad regulada en el artículo 801 LECRIM, (generalizada en los últimos años en nuestro ordenamiento procesal mediante la figura de los “juicios rápidos,” en que la conformidad se alcanza en el propio Juzgado de guardia, siendo por excepción en tal caso el Juez de Instrucción (único supuesto en que puede “sentenciar delitos”), el que dicta dicha sentencia, precisamente en atención a la admisión incondicionada por parte del imputado de los hechos objeto de la acusación.

Este supuesto de conformidad es bien distinto, ya que el Juez de instrucción se limita a dictar la sentencia de conformidad con la acusación expresamente aceptada por el acusado, imponiéndole en forma cuasiautomática la pena solicitada con la rebaja legalmente prevista (de un tercio de la misma). El Juez no valora la prueba ni la declaración del imputado ni su eventual valor autoinculpatorio sino su expresa admisión de responsabilidad y conformidad. El imputado/acusado (asistido de letrado) no perjudica sus garantías procesales con su admisión de hechos o autoinculpación, sino que valora y sopesa las consecuencias penológicas de conformarse con la acusación ya formulada (y que en caso contrario será sostenida contra el mismo en un inminente juicio oral) y toma una decisión libre y consciente. El Juez limitará su actuación a la salvaguarda de que el imputado tenga en dicho supuesto una completa y cabal información de sus derechos (obviamente del *nemo tenetur* en toda su extensión) y emita una declaración libre y consciente tras contar con un adecuado asesoramiento técnico.

⁴³³ En tal sentido señalaba la STS (Sala de lo Penal) 1422/2011 de 29 de diciembre de 2011, (ECLI: ES: TS: 2011:9150), (FJ 4º), que: “La atenuante de confesión del artículo 21.4º exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido (...) es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS núm. 1072/2002, de 10 de junio; STS núm. 1526/2002, de 26 de septiembre; y STS núm. 590/2004, de 6 de mayo, entre otras(...) En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de forma notable contribuya a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, decíamos en la STS núm. 809/2004, de 23 junio que “esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito”. (En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal) 1348/2004 de 25 de noviembre de 2004, (ECLI: ES: TS: 2004:7681).

Precisamente la preservación de estas garantías ha de ser uno de los elementos a tener en cuenta por el Juez instructor cuando se enfrente a la duda sobre la calidad procesal en la que habrá de declarar una persona que esté directamente implicada en unas diligencias en curso por ser conocedora de circunstancias relevantes de la misma cuando no sea obvio que haya de ser imputada (por no existir apenas indicios racionales de su participación en los hechos objeto de instrucción). A tal efecto, siempre habrá de declarar en tal calidad cuando cualquiera de las preguntas que vayan a serle formuladas puedan incriminarle, ya que si declarase como testigo no sólo no le ampararían aquellos derechos fundamentales, sino que además podría ser imputada por falso testimonio si quisiera acogerse a los mismos, dada la obligación de decir verdad.⁴³⁴ Por ello, en el curso de la propia declaración testifical, igualmente ha de ser muy escrupuloso el Juez de Instrucción en el respeto del *nemo tenetur* por si pudiera darse un cambio en la calidad procesal del interrogado, pasando a ser imputado el inicial testigo. Así lo tiene en cuenta la Directiva de asistencia letrada que en tales casos llega a equiparar su derecho a la asistencia técnica con el de los imputados precisamente en amparo de este derecho fundamental.⁴³⁵

Ello lleva a la eterna incógnita sobre los límites del derecho de no incriminación: si *sensu contrario* supone la consagración de un eventual *derecho a mentir* “gratuitamente” en una suerte de autodefensa falaz y en su caso, si permite la lesión directa o siquiera tangencial de los derechos de otros imputados en la causa a resultas del propio relato exculpativo. ¿Cuándo es colaboración con la justicia y ejercicio legítimo de su defensa y cuándo calumnia o falsa imputación de delitos a terceros susceptible de independiente persecución penal? Ardua es la tarea judicial en cuanto a delimitar los límites de este derecho en colisión con otros y por ello más necesaria aún una mínima aproximación de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros al respecto.

Tanto el TEDH como el propio TS han enfatizado que tales derechos no son ilimitados. Este último, haciéndose eco de la doctrina europea (que proclama que tales

⁴³⁴ A su vez, en Auto citado anteriormente, en cuanto a la imputación de Dña. Cristina De Borbón, (*vid.* nota 347), el voto particular así lo precisaba, citando al propio TEDH: “Se impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el testigo está obligado penalmente a comparecer y a decir verdad, en tanto que el imputado no solo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE (STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto *Funke*; SSTC 135/1989, de 20 de julio, FJ 3; 129/1996, de 9 de julio, FJ 5; 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; y 19/2000, de 31 de enero, FJ 5)”.

⁴³⁵ *Vid.* art. 2.3 de la Directiva y comentarios al respecto en próximo epígrafe. En el mismo sentido, se volverá sobre la cuestión en el análisis de la Propuesta de Directiva sobre presunción de inocencia.

derechos no son absolutos ni cuasiabsolutos) establece que los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. Añade que no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, (bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable), autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal.⁴³⁶

Es compleja la labor del Juez instructor que, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso, ha de preservar en su integridad el ejercicio de la defensa de un imputado y a su vez, equilibrar su derecho a la no incriminación y su correlativo deber de colaboración en el esclarecimiento de los hechos con los legítimos derechos de otros imputados o terceros. A resultas de la declaración de un coimputado, en ningún caso podrá ampararse la acusación o denuncia falsa frente a terceros (que si excediera de las estrictas necesidades de defensa del declarante sí sería susceptible de responsabilidad penal autónoma), debiendo igualmente el Juez extremar las cautelas al respecto para evitar cualquier lesión de las garantías probatorias exigibles en el proceso.

La jurisprudencia nacional y europea proscribde de forma terminante el uso abusivo o extralimitado del *nemo tenetur*. Más difícil será decidir en qué supuestos se manifiesta, complicándose extraordinariamente dicha tutela en los procesos supranacionales o supuestos de cooperación penal en materia probatoria con Estados que contemplan esta garantía con muy distinta extensión, todo lo cual, evidencia la conveniencia *de lege ferenda* de armonizar esta materia entre los ordenamientos

⁴³⁶A su vez el citado Auto de AP Palma de Mallorca, (pronunciándose en relación a la actuación del imputado Sr Torres incriminando directamente en sus declaraciones y mediante documentación aportada a autos al otro imputado, Sr. Urdangarín) señala que: "...el derecho a la defensa del imputado en su dimensión del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (que en verdad constitucionalmente no ampara la mentira, aunque de facto sea así), no es un derecho absoluto e ilimitado (...) La cuestión sometida a nuestra consideración tiene una doble dimensión, una referida a cuál debe ser la posición del imputado en el proceso penal en aspectos en los que no se compromete su derecho a no autoincriminarse, que a nuestro juicio es y debe ser la de colaborar con la administración de justicia en la averiguación de la verdad, y otro aspecto responde a la relacionada con las otras partes del proceso o con terceros ajenos a él y a este respecto el ejercicio del derecho a la defensa amparado en el derecho a no declararse culpable no le autoriza a hacer uso de la calumnia ni de la difamación dirigida a terceros, ni tampoco a la aportación de pruebas ilícitamente obtenidas que lesionen derechos fundamentales ajenos, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de los correos facilitados por el imputado Diego Torres si estos hubieran sido conseguidos quebrantando derechos fundamentales".(vid. nota 347).Acertadamente en este caso, la Sala no considera abusiva ni ilícita la aportación de correos por el imputado e incluso considera que en la medida en que tales aportaciones no le incriminen, no solo ha de aportar estos documentos si no que viene obligado a verificar tal aportación, pero no a su voluntad e interés sino atendiendo al requerimiento judicial. Exige del instructor en todo caso un respeto a las garantías probatorias para evitar lesión de derechos fundamentales en la obtención de pruebas debiendo indagar sobre su origen.

concernidos, lo que sin duda coadyuvaría a la eficacia de una auténtica y libre circulación probatoria en el ELSJ.⁴³⁷

d) DEFENSA LETRADA: *Por fin una Directiva en materia de asistencia técnica y derechos del detenido*

Este derecho, explicitado en el art 47 Carta, art 6 CEDH y art 24 CE, objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales en ámbito nacional e internacional, es instrumento funcional esencial de salvaguarda de un proceso contradictorio y respetuoso con el principio de igualdad de armas. Se concreta en la puesta a disposición del sujeto pasivo del procedimiento penal de un asesoramiento técnico y especializado en materia jurídica, requerido con más fuerza si cabe en los progresivamente complejos procesos supranacionales en que el ejercicio del derecho de defensa se ve proporcionalmente complicado a tenor de los nuevos instrumentos de cooperación penal supranacional.⁴³⁸

De forma paralela han ido delimitando el contenido y límites de este derecho y velando por su concreta tutela, tanto el TEDH como el TC español⁴³⁹. Ha de concluirse que el TEDH ha verificado toda una construcción jurisprudencial que puede calificarse de homogénea (bien que no siempre seguida por las prácticas nacionales) en la delimitación de ese derecho, primando el derecho a letrado de su elección frente a la opción subsidiaria de oficio. Y así, el TEDH ha insistido en el derecho al nombramiento de un letrado de su elección en primer término, sin que se agote la efectividad del

⁴³⁷ Vid. el desarrollo de este tema desde el punto de vista de las garantías probatorias y la presunción de inocencia.

⁴³⁸ Se ha señalado la incongruencia de que la proclamación del derecho de libertad del detenido en el artículo 5.1 CEDH no incluya el de asistencia letrada, consagrada en el artículo 6. Calificado de “paradójica e incongruente falta de previsión” ha sido salvada por jurisprudencia del TEDH, que adelanta este derecho a la propia instrucción preliminar policial. En desarrollo de este tema; JIMÉNEZ- VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega” en ARANGÜENA FANEGO, C., *Garantías procesales en los procesos penales en la UE*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp.121-149.

⁴³⁹ En todo caso, ha de partirse del presupuesto de que el derecho a la defensa letrada no es objeto de interpretación constitucional uniforme. Y así supone un distinto reconocimiento en cuanto al detenido o acusado. El art.17.3 CE consagra el derecho de asistencia letrada al detenido en diligencias policiales y judiciales como garantía del derecho a la libertad. Y el art. 24 .2CE, en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o imputado. El propio TC habla de “doble dimensión constitucional,” que impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados arts.17 .3 y 24.2 E” (STC (Pleno) 196/1987, de 11 de diciembre de 1987, (Cuestión de inconstitucionalidad 286-1984), BOE núm. 7 de 8 de enero de 1988 y STC (Sala 2ª) 165/2005, de 20 de junio de 2005, (Recurso de amparo 3825-2002 y 3866-2002), BOE núm. 173 de 21 de julio de 2005).

derecho con el mero nombramiento, sino exigiendo la garantía de su asistencia y actividad. También ha establecido la relación entre letrado de oficio y de libre elección.⁴⁴⁰ Declara que la libre elección de abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de abogado de oficio no hace irrecognoscible o impracticable el derecho ni o despoja de la necesaria protección. Este argumento resulta dogmáticamente interesante en relación a las tesis antes sostenidas sobre teorías absolutas y relativas y la idea de contenido “esencial” de los derechos.

En el mismo sentido, el TC enfatizaba en la necesaria protección al detenido con la asistencia técnica de un letrado que le preste su apoyo moral y profesional, considerando que dicha finalidad también se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, considerando la efectividad de su asistencia “equivalente” al Letrado de libre designación.⁴⁴¹ El TC insiste en la exigencia de que la defensa sea real y efectiva.⁴⁴² No por ello minusvalora la importancia del derecho de libre elección de letrado,⁴⁴³ destacando sus pronunciamientos que, en supuestos de reclamados por euroorden, consideran lesionado este derecho fundamental (en relación al derecho a la tutela judicial efectiva) al no haber permitido los órganos judiciales que fueran defendidos por letrado designado por aquellos, imponiéndoles uno de oficio (sin que ello estuviera previsto en Ley 3/2003 de 14 de marzo sobre orden europea de detención y entrega ni concurriera la circunstancia excepcional de incomunicación prevista en artículo 527 a) LECRIM). Para su restablecimiento, el TC anuló las resoluciones judiciales recurridas y decretó la retroacción de actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista en el artículo 14 de la citada Ley para que volviese a celebrarse con abogado libremente elegido.⁴⁴⁴ Garantiza así el TC, la inviolabilidad del derecho de elección de letrado, como tal, sin subordinarlo en ese caso a una eventual

⁴⁴⁰ “Forma parte del derecho de acceso a la justicia el derecho a obtener una asistencia letrada, adecuada y efectiva por parte de profesionales. Para considerar satisfecho el derecho de defensa no basta con la mera designación de los correspondiente profesionales, es necesario que estos últimos proporcionen “una asistencia real y efectiva” y que exista una relación de confianza entre letrado y acusado, especialmente necesaria en el proceso penal”. (STEDH dictada en as. *PAKELLI*, citado en nota 396).

⁴⁴¹ STC (Pleno) 196/1987 de 11 de diciembre, (Cuestión de inconstitucionalidad 286-1984), *BOE* núm. 7 de 8 de enero de 1988, en el mismo sentido que la STEDH dictada en as. *ARTICO*, (citada en nota 395).

⁴⁴² STC (Sala 1ª) 13/2000, de 17 de enero de 2000, (Recurso de amparo 1654-99, *BOE* núm. 42 de 18 de febrero de 2000), en que se remite a lo que TEDH considera “proporcionar asistencia letrada real y operativa” en los citados *ut supra*, as. *ARTICO* y *PAKELLI*.

⁴⁴³ Proclamado entre otras muchas por STC (Sala 1ª) 339/2005, de 20 de diciembre de 2005, (Recurso de amparo 4760-2004), *BOE* núm. 17 de 20 de enero de 2006. Mantiene la excepcionalidad en supuestos de incomunicación ex. art. 527 LECRIM.

⁴⁴⁴ STC (Sala 1ª) 339/2005, de 20 de diciembre de 2005, (Recurso de amparo 4760-2004), *BOE* núm. 17 de 20 de enero de 2006. Y STC (Sala 1ª) 81/2006, de 13 de marzo de 2006, (Recurso de amparo 3865-2004), *BOE* núm. 92 de 18 de abril de 2006.

defensa deficiente, incompleta ni objetivamente generadora de indefensión.⁴⁴⁵ Y en ese mismo sentido, insiste el TC en enfatizar la importancia sobre la confianza del asistido en “las condiciones profesionales y humanas del Abogado”, por lo que concluye que la libre designación de letrado “viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa”.⁴⁴⁶

Este tema es especialmente sensible en la materia que nos ocupa, atendiendo a la dificultad añadida de aquel que es sujeto pasivo de un procedimiento fuera del territorio de su residencia para contar de forma inmediata y operativa con letrado de su confianza o elección, dificultad a la que ha de añadirse la barrera idiomática que generalmente existirá entre ambos y exigirá del necesario recurso a intérprete en sus contactos, lo que normalmente devalúa la calidad y dinamismo de sus comunicaciones.

Igualmente interesantes son los pronunciamientos jurisprudenciales en cuanto a derecho a la defensa y libertad de expresión en su ejercicio (en conexión directa con la eficacia de la defensa). Se trata de una libertad de expresión “reforzada,” cuyos límites se encuentran en el debido respeto a las otras partes y autoridad judicial.⁴⁴⁷ En el ámbito de un proceso de dimensión europea no puede separarse de la complejidad derivada de la necesidad de interpretación y traducción, cuya regulación, en aras a garantizar su adecuada prestación, cobra renovada importancia. Se generan problemas añadidos en ese ejercicio de libertad de expresión, que en ocasiones resultará cercenado en aras a la brevedad y economía procesal, por las meras exigencias prácticas en el desarrollo de audiencias o comparecencias en varios idiomas así como por restricciones presupuestarias.

Y así el TEDH ha venido considerando que los derechos del artículo 6 del Convenio pueden ser limitados o modulados en fase de instrucción si así lo exige el interés de la justicia, resaltando el derecho a la confidencialidad en las relaciones abogado/cliente y a una entrevista reservada⁴⁴⁸ y al secreto profesional,⁴⁴⁹ así como

⁴⁴⁵ En el supuesto mencionado *ut supra*, la AN había desestimado el previo incidente de nulidad por ausencia de indefensión a resultados de la atención letrada. Se remitió el TC a la jurisprudencia de Estrasburgo señalando que la efectividad de la defensa y de la asistencia prestada en el marco de un proceso justo y con todas las garantías constituye garantía complementaria a la obligación de nombramiento de abogado de oficio pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada de designar letrado de su elección, restricción injustificada de su derecho a libre designación de abogado.

⁴⁴⁶ STC (Sala 2ª) 165/2005, de 20 de junio de 2005, (Recurso de amparo 3825-2002 y 3866-2002), BOE núm. 173 de 21 de julio de 2005.

⁴⁴⁷ STC (Sala 2ª) 65/2004, de 19 de abril de 2004, (Recurso de amparo 6655-2001), BOE núm. 120 de 18 de mayo de 2004.

⁴⁴⁸ Vgr. S. v. *Suiza* nº 12629/87 y 13965/88, 28 de noviembre de 1991, Series A nº 220.

⁴⁴⁹ Destacan varios pronunciamientos en materia de rigurosa observancia de las exigencias del Convenio en registro e intervenciones de comunicaciones con abogados; vgr SSTEDH dictadas en as. *NIEMIETZ* – (ya citado en nota 219) y *KOPP v. Suiza*, nº 23224/94, 25 de marzo de 1998, Reports 1998-II.

reforzando una asistencia preceptiva como regla general y como exigencia estructural del proceso en que la pasividad del titular del derecho ha de ser suplida por el propio órgano judicial. Se constata pues una doble exigencia tanto por los intereses de defensa del imputado (derechos de defensa) como atendiendo a los estructurales del propio proceso, (exigencia de orden público y garantía de validez del procedimiento). La necesidad de una asistencia profesional de letrado viene justificada por la complejidad técnica del proceso que requiere especialización y como garantía de igualdad y contradicción de las partes, más aún si atendemos a supuestos con componente supranacional en que dicha especialización puede exigir el manejo coordinado de distintas fuentes de derecho de orden nacional, internacional y propias del ordenamiento de la UE con la inherente y a veces discordante exégesis judicial de cada una.

Y superando la literalidad del artículo 6 CEDH, el TEDH ha declarado que la asistencia letrada se aplica a la fase de instrucción del proceso penal y que a un sospechoso se debe ofrecer la asistencia de un abogado en las etapas iniciales de interrogatorio de la policía (fases previas al inicio del proceso) y tan pronto como se le priva de su libertad, con independencia de cualquier cuestionamiento. También viene dictaminando que estas garantías deben aplicarse a los testigos cuando en realidad son sospechosos de un delito.

Como se viene insistiendo a lo largo de este trabajo, ha de garantizarse la tutela judicial autónoma de cada una de las garantías procesales, sin exigir en todo caso un resultado de indefensión o la adicional lesión de otros derechos conexos para la salvaguarda de cada uno de esos derechos fundamentales procesales, que han de ser esencialmente amparados durante la instrucción penal atendiendo a su respectiva importancia, sin subordinar necesariamente su respeto al de otras garantías.

Sin embargo, en cuanto a las consecuencias de la contravención de estos derechos, no siempre la doctrina del TEDH ha sido coherente entre sí. En ocasiones, ha declarado como violación del artículo 6 del Convenio las declaraciones hechas por el sospechoso en la ausencia de su abogado si se utilizaron para obtener una condena, a pesar de que no eran la única evidencia disponible, (señalando que la falta de asistencia letrada durante el interrogatorio constituye una restricción de sus derechos de defensa) mientras que en otros supuestos se denegó la vulneración del derecho invocado precisamente por no haber sido la declaración en sede policial la única prueba tenida en cuenta, toda vez que posteriormente en el caso concreto contó efectivamente

con defensa letrada.⁴⁵⁰ Obviamente parece más lógico que se respete absolutamente esta garantía en sede de instrucción, al margen de la ulterior relevancia probatoria o no de dichas actuaciones. No puede obviarse que las declaraciones del imputado pueden influir *de facto* en la convicción del Juez, induciéndole a una valoración sesgada de las pruebas, aunque aparentemente no se explicita luego en la motivación de sus resoluciones, con lo que serían vulnerados los derechos de defensa del imputado y a resultas de ello, también su derecho de presunción de inocencia.⁴⁵¹

Como es lógico, en la mayoría de los pronunciamientos del TEDH sobre este derecho aparece intrínsecamente relacionado con los restantes derechos fundamentales del *due process*. Y también, muy especialmente con el derecho a la información que precisa el letrado para la defensa⁴⁵² y el derecho a no inculparse en su declaración,⁴⁵³ que insiste en la defensa letrada desde primer interrogatorio ante la policía.

Igualmente ha señalado la incompatibilidad con los derechos del Convenio del efecto previsto en algunos ordenamientos nacionales que sancionan con la pérdida del derecho de asistencia letrada la incomparecencia del acusado, considerando que el legislador no puede derogar el derecho de asistencia letrada del ausente, ya que conllevaría lesión de su derecho de defensa.⁴⁵⁴

Recogiendo ese acervo jurisprudencial y largamente esperada, el 22 de octubre de 2013 se aprobó por fin la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 libertad.⁴⁵⁵

Esta Directiva continúa el Plan de trabajo de las dos que le preceden, (también a tenor de lo preceptuado en art. 82, apartado 2, letra b), pero aborda la regulación de una de las más importantes garantías del proceso penal, por lo que supone un

⁴⁵⁰ *SALDUZ v. Turquía*, nº 36391/02, 27 de noviembre de 2008, Reports 2008.

⁴⁵¹ En esa línea de defensa "autónoma" del derecho de defensa, es representativa la famosa STEDH ya citada dictada en as. *ÖCALAN* en que se apreció vulneración del proceso equitativo por impedir al detenido asistencia letrada durante un plazo que se entendió excesivo.

⁴⁵² La STEDH dictada en as. *GODDI* declara que la defensa no fue efectiva por no notificar al letrado la fecha de la vista. (citada en nota 415).

⁴⁵³ STEDH dictada en as. *JALLOH* (citada en nota 28).

⁴⁵⁴ STEDH dictadas en as. *POITRIMOL* –ya citada– y en as. *VIGROUX v. Francia*, nº 62034/00, 19 de mayo de 2005. En relación con este tema, *vid.* más adelante las consideraciones sobre juicios en ausencia y sus consecuencias con ocasión de la euroorden. (También en esta materia se ha puesto de manifiesto la conveniencia de efectuar una armonización material de este derecho en el ámbito europeo).

⁴⁵⁵ *Vid.* nota 144.

importante paso adelante. Al igual que aquellas, tiene por objeto mejorar los derechos de los sospechosos y acusados y fijar normas mínimas comunes al efecto de impulsar la confianza mutua entre las autoridades judiciales y facilitar así la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, pasando por la vía de una complementaria armonización. Sin embargo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no participan en la adopción de la referida Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación.⁴⁵⁶

Como las anteriores Directivas, el texto aprobado contiene una lógica cláusula de no regresión⁴⁵⁷ y también expresamente predica el respeto al principio de subsidiariedad y proporcionalidad. Igualmente, refuerza el respeto a los derechos fundamentales a que precisamente se refiere esta regulación, concretamente el derecho de defensa interrelacionado con el derecho a un juicio justo o equitativo (arts. 47 y 48 Carta y 6 del CEDH), incluyendo en este caso una referencia al art 14 PIDCP y a la Convención de Viena. Concretamente en su referencia a los derechos y principios de la Carta (que afirma promover), significativamente explicita⁴⁵⁸ otras garantías procesales junto a los derechos de la defensa, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial y a la presunción de inocencia, recalando cómo la Directiva ha de aplicarse de conformidad con esos derechos y principios.⁴⁵⁹ Muy reveladora resulta la interconexión que se predica en la Directiva con el principio de *nemo tenetur*.

A efectos sistemáticos y dentro de esa estrategia de “pasos” seguida por el legislador europeo (individualizando los derechos procesales que sucesivamente van siendo objeto de aproximación en la legislación de la UE, siendo contemplada la asistencia letrada como medida C), sin duda hubiera sido preferible reservar de forma

⁴⁵⁶ Esta norma surgió de la Propuesta de Directiva que precisamente más reticencias ha levantado (fruto de un acuerdo histórico alcanzado en junio de 2011 entre los Estados miembros). (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención, (8 de junio de 2011), /* COM/2011/0326 final - 2011/0154 (COD) */).

⁴⁵⁷ Con el mismo contenido pero distinta dicción que aquellas, reza su artículo 14 que: “Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de limitar o derogar los derechos o las garantías procesales que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH, del Pacto o de otras disposiciones pertinentes de Derecho internacional o de la normativa de los Estados miembros que garantice un nivel de protección más elevado”.

⁴⁵⁸ Junto a la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas.

⁴⁵⁹ Señala la Directiva que “promueve la aplicación de la Carta y, en particular, de sus artículos 4, 6, 7, 47 y 48, desarrollando lo establecido en los artículos 3, 5, 6 y 8 del CEDH, conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su jurisprudencia, establece con frecuencia normas sobre el derecho a la asistencia de letrado. Dicha jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la imparcialidad del proceso exige que el sospechoso o acusado pueda obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada. En tal sentido, el letrado del sospechoso o acusado debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa”.

independiente y unitaria una norma específica al derecho de asistencia letrada dejando fuera de la misma los derechos de comunicación a que también se refiere esta norma.

El primero de ellos (comunicación de la detención a tercero) bien hubiera podido ser ya integrado junto al derecho de información de la anterior Directiva (que expresamente contemplaba la información del derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona el hecho de la detención). Con ocasión de dicho reconocimiento bien podría haberse aprovechado para armonizar mínimamente no solo esa información, sino la propia comunicación subsiguiente a la misma (en términos similares a los ahora recogidos).⁴⁶⁰ Y ello no es baladí, en tanto que, como eje central del derecho de defensa, la armonización en materia de acceso a la asistencia letrada de sospechosos, acusados y personas sujetas a una orden de detención europea tiene entidad suficiente para integrar por sí sola una Directiva como la que nos ocupa.⁴⁶¹

En cuanto a los destinatarios y el ámbito de aplicación de esta norma, ha de partirse de que el objetivo de la misma es múltiple: tiene por objeto establecer normas mínimas relativas a los derechos de sospechosos y acusados en procesos penales y de las personas que sean objeto de procedimientos en virtud de la Decisión Marco 2002/584/JAI ("procedimientos de la orden de detención europea") a "ser asistidos por un letrado, a que se informe de su privación de libertad a un tercero y a comunicarse con tercero y con autoridades consulares durante la privación de libertad".

Los considerandos de la Directiva explicitan los profesionales a que se refiere la misma avanzando hacia la necesaria seguridad jurídica en la materia.⁴⁶²

Al igual que las anteriores Directivas, maneja la terminología de "sospechosos o acusados", (lo que incluye fase de instrucción y posterior juicio oral) sin exigir una previa

⁴⁶⁰ Señálese al efecto que vgr. en materia de derecho de acceso a los materiales del expediente la meritada Directiva con ocasión del derecho de información aprovechó para aproximar el propio ámbito material de ese derecho de acceso como preparatorio de la defensa.

⁴⁶¹ Toda vez que no ha sido posible, como quizá hubiera sido deseable, la alternativa de una Directiva global en materia de derecho de defensa en sentido amplio o en su caso, sobre el estatuto del detenido y sus garantías procesales (con especial atención a la figura del sujeto a orden de detención europea), no parece muy coherente ni ordenado adicionar a la regulación del derecho de asistencia letrada, solo una (y no la más importante) de las garantías propias del detenido o privado de libertad, (ese derecho de comunicación de la detención), junto con los derechos accesorios a comunicar con terceros y autoridades consulares del propio detenido, ya que dicha opción legislativa deja a la opinión pública europea (y a los operadores jurídicos) una sensación de trabajo inacabado (como una suerte de "parcheo sucesivo") en la regulación de los derechos fundamentales procesales, que en nada contribuye a la creciente exigencia de seguridad jurídica en el seno de la UE, (máxime cuando están pendientes de regulación otros derechos procesales igualmente conectados a los derechos de defensa en sentido amplio, que bien hubieran podido ser agrupados en una sola norma, como derechos preparatorios de la defensa).

⁴⁶² "En la presente Directiva se entiende por "letrado" 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".

imputación formal para permitir el ejercicio de estos derechos, que reconoce “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” aplicándose hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva 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.2.1). También incluye expresamente a los sujetos a euroorden (art 2.2 que se refiere a personas “reclamadas a partir del momento de su detención”) y aplica idéntico régimen a “las personas que no sean sospechosas ni acusadas y que pasen a serlo en el curso de un interrogatorio por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad”. (Art 2.3) ⁴⁶³

La inclusión del derecho de asistencia letrada para esos testigos que, durante el interrogatorio o una audiencia, se convierten en sospechosos o acusados tiene su fundamento en la jurisprudencia del TEDH que reiteradamente ha establecido que la garantía de un juicio justo, incluido el acceso a un abogado, debe aplicarse a los testigos cuando en realidad son sospechosos de un delito, señalando que “el título de formación de la persona es irrelevante”. Ha de ponerse en relación con el ejercicio del derecho de *nemo tenetur* que ha de ser preservado también en cuanto a las declaraciones de quienes inicialmente declaran en calidad de testigos. ⁴⁶⁴

Igualmente incluye (en cuanto al derecho a asistencia letrada) a los que son objeto de orden de detención europea bien que regulando su situación de forma separada al *status* general del detenido o privado de libertad (art. 10). Esa opción por una regulación separada también se impuso en la Directiva relativa al derecho a la información, estableciéndose en esta una regulación específica para ese derecho nuclear de asistencia letrada en cuanto a los reclamados en virtud de una ODE.

⁴⁶³ En coherencia con el considerando 21 señala que “En caso de que, en el curso de tal interrogatorio, una persona que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, se ha de *suspender* de inmediato todo interrogatorio. No obstante, el interrogatorio puede proseguir si se ha informado a la persona de que se trate de que es sospechoso o acusado y si puede ejercer plenamente los derechos que se otorgan en la presente Directiva”. Añade que “dicha persona debe gozar de protección contra la autoinculpación y tener derecho a guardar silencio, según lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

⁴⁶⁴ El Artículo 10. 2 de la Propuesta, luego desaparecido, especificaba que “2 Los Estados miembros velarán por que cualquier declaración hecha por esa persona antes de que él sea consciente de que él es un sospechoso o un acusado no puede ser utilizado en su contra”. Dicha precisión era relevante y se ha perdido al equiparar a quienes inicialmente eran testigos con los imputados en el nuevo art 2 de la Directiva, lo cual es más correcto desde un punto de vista sistemático pero pierde la claridad de esa específica remisión al *nemo tenetur* y sus implicaciones prácticas.

En cuanto a las infracciones leves, “la presente Directiva se aplicará únicamente a los procedimientos ante un tribunal competente en materia penal” enfatizando que “En cualquier caso, la presente Directiva será de plena aplicación cuando se haya privado de libertad al sospechoso o acusado, independientemente de la fase en que se encuentre el proceso penal” (art.2.4).⁴⁶⁵

En cuanto al ámbito objetivo de la norma, reconoce el derecho a un abogado a todas las personas sospechosas o acusadas de un crimen (establece cuándo y bajo qué condiciones) y consagra la confidencialidad en la comunicación entre el letrado y el detenido. También garantiza el derecho para el sospechoso o acusado a que se informe a una tercera persona de su detención y a comunicarse con otras personas y con las autoridades consulares de su país. Asimismo, establece la posibilidad de derogar temporalmente ciertos derechos en circunstancias excepcionales y solamente bajo estrictas condiciones e introduce la novedad de que una persona objeto de una orden de detención europea tenga acceso a una doble defensa (un abogado en el Estado que ejecuta la euroorden y a un letrado en el país de emisión).

Así, en primer lugar cuanto al derecho de defensa letrada se relaciona con el derecho de defensa en sentido “amplio” tal y como deriva de los derechos invocados expresamente por la norma (relaciona el derecho de acceso a un abogado con el art 6 y 47 y 48.2 de la Carta y correspondientes derechos consagrados en el CEDH (Artículo 6.3 b y c). En todo caso y por imperativo de la propia Carta y explicitado en la Directiva, este derecho tendrá el sentido y alcance fijado por la jurisprudencia del TEDH.

El Artículo 3 de la Directiva fija el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y señala el principio general de que todos los sospechosos y acusados deben tener acceso a un abogado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa “en la práctica y de manera efectiva”. En cuanto al momento de ejercicio de dicho derecho de asistencia, utiliza la expresión “ sin demora

⁴⁶⁵ El considerando 13 señala que “no se consideran procesos penales a efectos de la presente Directiva” ni los procedimientos relativos a infracciones leves cometidas dentro de una prisión, ni los procedimientos relativos a infracciones cometidas en un contexto militar y tramitadas por un oficial de mando”. Añade que “en algunos Estados miembros una autoridad distinta de un tribunal con competencia en materia penal puede ser competente para imponer sanciones que no sean la privación de libertad cuando se trata de infracciones relativamente leves”, en tales casos si existe “o bien el derecho de recurso, o bien, de no ejercerse este, la posibilidad de que el expediente se remita a un tribunal competente en materia penal, la presente Directiva se aplica únicamente al proceso incoado ante ese tribunal a raíz de dicho recurso o remisión” (considerando 16). Añade que “en algunos Estados miembros se consideran infracciones penales ciertas infracciones leves, en particular infracciones leves de tráfico, infracciones leves de ordenanzas municipales generales e infracciones leves del orden público. En tales situaciones si “con arreglo a la normativa de un Estado miembro no puedan imponerse sanciones que conlleven privación de libertad para infracciones leves, la presente Directiva se aplica únicamente a los procesos incoados ante tribunales competentes en materia penal”. (considerando 17).

injustificada” y la concreta como “a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación: 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 investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c) ;c) sin demora injustificada tras la privación de libertad; 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.”⁴⁶⁶

La Propuesta era más garantista en su literalidad fijando el derecho “desde inicio de privación de libertad” que cambia por “sin demora tras la privación de libertad,” en el texto aprobado. Podría conllevar el mismo resultado aplicando restrictivamente la nueva expresión, bien que la amplitud de excepciones relacionadas en punto 5 y 6 podrían comprometer la efectiva celeridad en la asistencia.⁴⁶⁷ En todo caso, al margen de la literalidad del texto, el desarrollo de esta Directiva no podrá apartarse de la jurisprudencia del TEDH, que exige la posibilidad de acceso a un abogado ya en las etapas iniciales de interrogatorio de la policía “y tan pronto como se le priva de su libertad, con independencia de cualquier cuestionamiento”.

En el artículo 3.3 se fija el contenido del derecho de acceso a un abogado incluyendo el derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, (inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales), el derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen, (intervención que será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate) y por último, el derecho al menos a que su letrado esté presente en las actuaciones de investigación o de obtención de pruebas que se explicitan, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto. Tales diligencias son las ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de los hechos.

Exige a los Estados miembros un esfuerzo por difundir información general con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados la designación de un letrado y sobre todo

⁴⁶⁶ Se sustituye la expresión de la Propuesta “tan pronto como sea posible”, al igual que en el art. 5 en materia de derecho de comunicación a tercero.

⁴⁶⁷ Máxime cuando la Directiva incluye las mismas en el mismo precepto que reconoce el derecho mientras que la Propuesta las contemplaba en uno genérico (art. 8 de la Propuesta) lo que al menos desde un punto de vista formal recalca su excepcionalidad.

de adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que los sospechosos o acusados a los que se haya privado de libertad estén en condiciones de ejercer efectivamente su derecho a ser asistidos por un letrado, a menos que hayan renunciado a ese derecho de conformidad con el artículo 9”.

En cuanto a la constancia de la presencia letrada en las diligencias probatorias, audiencias o interrogatorios se remite a los “procedimientos pertinentes de la normativa nacional” (ante la imposibilidad de alcanzar un consenso en materia de registro). Tal extremo, coincidente con las previsiones del ejercicio de otras garantías ya estudiadas es igualmente lamentable, ya que un registro fehaciente armonizado supondría una garantía adicional que permitiría eventualmente verificar *a posteriori* (en caso de recurso) el efectivo ejercicio de dicho derecho y valorar en su caso la calidad de la defensa.

En el mismo sentido, se remite a las legislaciones nacionales en cuanto a la presencia e intervención letrada en diligencias y pruebas, bien que salvaguardando que los procedimientos nacionales no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate (en mismo extremo b) y c). Dado que en materia probatoria las divergencias entre ordenamientos nacionales son muchas, la Directiva renuncia a establecer un mínimo, ya que incluso los supuestos que detalla como mínimos (ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de los hechos), lo hace condicionándolos a su efectiva previsión en la correspondiente normativa nacional y si “se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto”. (art.3.c) con lo que en realidad la exigencia armonizadora de la Directiva es casi irrelevante.

Especialmente significativo es el derecho al acceso al lugar de detención para verificar las condiciones en las que se detuvo al sospechoso o acusado, que resalta la importancia de la intervención letrada al efecto, al margen y con independencia del derecho de asistencia a la primera declaración ante la policía. Contrariamente a la Propuesta de directiva que lo explicitaba, el texto de la Directiva no lo contempla, rebajando así la garantía que ello suponía.⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ Igualmente destacaba en la Propuesta la recepción en este precepto de la jurisprudencia en materia de derechos preparatorios de defensa estipulando que “La duración y frecuencia de las reuniones entre el sospechoso o acusado y su abogado no se limita en modo alguno que pueda perjudicar el ejercicio de sus derechos de defensa”. Dicha precisión ha desaparecido también del articulado de la Directiva, no así de los considerandos que señalan que las disposiciones prácticas sobre entrevistas con el letrado” no deben ir en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de la persona reclamada a entrevistarse con su letrado”.

Detalladamente (en los extremos 5 y 6 del mismo art. 3) fija el legislador europeo la posibilidad de que “En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción”, los Estados miembros puedan dejar de aplicar temporalmente el derecho de asistencia letrada sin demora injustificada tras la privación de libertad (del apartado 2, letra c) en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio de tal derecho (apartado 5) o bien dejar de aplicar temporalmente los derechos que integran la asistencia letrada (previstos en el apartado 3) en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas que se enumeran. Estas son: “a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal” (apdo. 6).

Durante la vigencia de una excepción temporal por cualquiera de tales motivos las autoridades competentes pueden interrogar a un sospechoso o acusado sin la presencia del letrado, a “condición de que se haya informado al sospechoso o acusado de su derecho a guardar silencio, de que pueda ejercer ese derecho y de que el interrogatorio no menoscabe los derechos de la defensa, incluida la protección frente a la autoinculpación”. Los considerandos de la norma insisten en un uso restrictivo de dicha excepción ya que únicamente puede efectuarse el interrogatorio con el objetivo y en la medida necesaria para obtener información que resulte indispensable para los fines que autorizaron la excepción, enfatizando que “el recurso abusivo a esta excepción supondría un perjuicio irremediable para los derechos de la defensa”. Se enlaza así, como no puede ser de otra manera, esta garantía procesal con el *nemo tenetur* y derecho a guardar silencio, especialmente relevantes en ausencia de letrado, si bien hubiera sido deseable que el articulado lo explicitase.

La introducción de la segunda excepción (no contemplada en la inicial Propuesta) puede plantear mayores problemas desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos del imputado en fase instructora, por la vaguedad de su redacción que admite múltiples interpretaciones.

Se regula un régimen de excepciones temporales⁴⁶⁹ que establece que han de ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario, estar rigurosamente

⁴⁶⁹ En el art. 8, precepto extensivo únicamente al art. 5.3 en relación con el derecho de información de privación de libertad a un tercero y no a los otros derechos de comunicación. (El art. 8 no rige para la excepción genérica del art. 6, en art. 6.2 ni para el 7, respectivamente derechos a comunicar con terceros o autoridades consulares).

limitadas en el tiempo y que no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción ni menoscabar las garantías generales de un juicio justo. Las relativas a la asistencia letrada “solo podrán autorizarse en virtud de una resolución debidamente motivada e individual adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional”. La resolución debidamente motivada se hará constar de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa del Estado miembro de que se trate. Continúa señalando el precepto analizado que “Las excepciones temporales previstas en el artículo 5, apartado 3, solo podrá autorizarlas, de forma individual, una autoridad judicial u otra autoridad competente, a condición de que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional”.⁴⁷⁰

Será el concreto desarrollo de dichas excepciones por la normativa nacional y el control efectivo que se realice en la vía judicial sobre aquellas el que finalmente dote o no de sentido a la actual redacción, que, en todo caso, acertadamente insiste en un uso restrictivo de tales posibilidades.⁴⁷¹

Se consagra asimismo el principio de confidencialidad sin excepciones como uno de los logros de esta norma. Ya el TEDH había identificado como uno de los factores clave para una representación efectiva de un abogado de los intereses de un cliente el principio de protección de la confidencialidad de la información intercambiada entre ellos, como una salvaguarda importante de su derecho a la defensa protegida por el Convenio. La Directiva la regula antes de abordar los derechos de información y comunicación (art.4) estableciendo que “Los Estados miembros respetarán 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. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional”.⁴⁷²

⁴⁷⁰ No se entiende bien la diferencia entre 8.2 (para derecho de asistencia letrada) y 3, (para derecho a comunicar a tercero la detención). Parece ser lo mismo ya que, a salvo de la expresa exigencia de motivación en primer caso, ambos exigen resolución individual por autoridad judicial u otra cuya decisión sea objeto de control jurisdiccional. Parece absurdo explicitar esa diferencia si tenemos en cuenta que para poder ser revisable en vía judicial necesariamente habría de contar siquiera con una sucinta motivación en todo caso. El precepto queda así pues, innecesariamente complejo en su redacción, adoleciendo de falta de rigor técnico.

⁴⁷¹ Comparando esta regulación con la de la Propuesta, la novedad parece ser que ésta se inclinaba en exclusiva por la autoridad judicial como garantía de aplicación de dicha excepción mientras que la Directiva podría ser menos garantista en tal sentido permitiendo que lo autorice “otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional”.

⁴⁷² El considerando 33 de la Directiva señala que dicha confidencialidad constituye parte esencial del derecho a un juicio justo y por ello ha de ser respetada sin excepciones. Solo salva” los procedimientos

En cuanto al procedimiento de la ODE, el derecho de acceso a un abogado en el mismo, como se ha reseñado, se ha considerado merecedor de un tratamiento específico “tan pronto como se produzca su detención en virtud de una orden de detención europea,” fijando su contenido comprensivo de: “a) el derecho a ser asistida por un letrado en el momento y del modo que permitan ejercer a la persona reclamada sus derechos efectivamente, y en cualquier caso sin demora injustificada tras la privación de libertad; b) el derecho a comunicarse y reunirse con el letrado que la represente; c) el derecho a que el letrado esté presente e intervenga, con arreglo a los procedimientos de la normativa nacional, durante la toma de declaración de la persona reclamada por parte de la autoridad judicial de ejecución”.⁴⁷³ En todo caso, la regulación expresa del *status* del reclamado por ODE permite descartar, teorías como las sustentadas hasta la fecha que consideraban que en los supuestos de reclamados en su virtud, al ser la información de derechos judicializada y por tanto dilatada en el tiempo, podría bastar con una primera asistencia letrada en dependencias judiciales.⁴⁷⁴ Atendido ahora el texto literal de la Directiva, no parece tener cabida dicha interpretación, lo que ha de ser merecedor de un juicio positivo.

Se incluye la aplicación *mutatis mutandis* a los procedimientos de la ODE en el Estado miembro de ejecución del derecho de confidencialidad, derechos de información y comunicación y posibilidad de renuncia previstos de forma general en la Directiva. Solo regula la posibilidad de excepcionar bajo determinadas condiciones el derecho a que se informe de privación de libertad a un tercero.⁴⁷⁵

Adicionalmente se establece la obligación a cargo de la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, de información al reclamado “sin demora injustificada tras su privación de libertad”, de que tiene derecho a designar a un letrado en el Estado miembro emisor. (“La función de dicho letrado en el Estado miembro emisor consistirá en prestar asistencia al letrado del Estado miembro de ejecución facilitándole información y asesoramiento con vistas a que la persona reclamada pueda ejercer

aplicables a la situación en que se sospeche, a partir de indicios objetivos y fácticos, que el letrado está implicado junto con el sospechoso o acusado en la comisión de una infracción penal (...) sin perjuicio de los mecanismos existentes en las instalaciones de detención para impedir que el detenido reciba envíos ilícitos, como puede ser el cribado de la correspondencia,...) y sin perjuicio de un posible menoscabo incidental del derecho de confidencialidad que resulte de una operación legal de vigilancia por parte de las autoridades competentes (...) Y asimismo sin perjuicio de la labor llevada a cabo, por ejemplo, por los servicios nacionales de inteligencia, a fin de garantizar la seguridad nacional”.

⁴⁷³ Igualmente la intervención del letrado durante una toma de declaración, se hará constar de conformidad con el procedimiento pertinente de la normativa nacional del Estado miembro de que se trate.

⁴⁷⁴ Vid. JIMENO BULNES, M., “Medidas Cautelares de carácter personal” en ARROYO ZAPATERO L., NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2006, pp.363 y ss.

⁴⁷⁵ “Los derechos previstos en los artículos 4, 5, 6, 7, 9 y, cuando se aplique una excepción temporal a tenor del artículo 5, apartado 3, en el artículo 8”.

efectivamente los derechos que le confiere la DM 2002/584/JAI”). Se insiste en la obligación de información con prontitud a la autoridad competente del Estado miembro emisor por parte del de ejecución si la persona reclamada desea ejercer el derecho a designar a un letrado en el Estado miembro y se impone también (sin demora injustificada) la obligación de suministro a la persona reclamada, de información por parte del Estado emisor “que le facilite la designación de un letrado en ese Estado”. Todo ello “sin perjuicio de los plazos establecidos en la DM reguladora de la euroorden ni de la obligación de la autoridad judicial de ejecución de decidir acerca de la entrega de la persona, en los plazos y condiciones definidos en dicha Decisión Marco”.

Así pues, se regulan los derechos (a ejercer en el Estado de ejecución) en forma prácticamente idéntica a los otros detenidos si bien se refuerza ese derecho de asistencia letrada, permitiendo el nombramiento de un letrado adicional en el Estado miembro emisor, previa solicitud y con el fin de ayudar al abogado del Estado de ejecución. Es relevante que se estipule la preceptiva obligación de informar de este derecho novedoso.⁴⁷⁶

En cuanto a las actividades previstas para ese letrado en el Estado miembro emisor “se limitan a lo que se necesita para ayudar al abogado en el Estado miembro de ejecución, con miras al ejercicio efectivo de los derechos de la persona en el Estado miembro de ejecución en que la Decisión Marco del Consejo, en particular en sus artículos 3 y 4”. (Art. 11.4). Se regula pues, bien que sucintamente, esa suerte de cooperación entre letrados del Estado emisor y el de ejecución que es obviamente útil y provechosa para la defensa efectiva de los derechos del reclamado por una orden de detención europea, pero en la que existe la barrera a veces infranqueable no solo del idioma sino del lógico desconocimiento mutuo de sus respectivos ordenamientos jurídicos, lo que puede dar lugar a un difícil entendimiento técnico entre ambos letrados. Igualmente habrán de tenerse en cuenta las disfunciones que pueden derivar de un posible asesoramiento divergente de cada uno en relación a su cliente.

Y así, el sentido literal del texto parece excluir la posibilidad de que el letrado del Estado emisor pueda asesorar directamente al cliente tras entrar en el fondo de la cuestión e igualmente da la impresión de querer situarlo en subordinación a las funciones del letrado del Estado de ejecución, que a la sazón protagonizará la asistencia y defensa del mismo, con la mera asistencia e información del otro letrado designado.

⁴⁷⁶ Se establece la obligación de notificación por parte de la autoridad judicial de ejecución a la autoridad judicial de emisión tanto del hecho de la detención en virtud de una orden de detención europea, como de la solicitud (si se diera) por la persona a tener acceso a un abogado también en el Estado miembro emisor. Y dicha notificación ha de verificarse “Inmediatamente después de la detención” (art. 11.5).

Si en teoría parece lógica dicha articulación de funciones entre letrados, en la práctica pueden suscitarse no pocos conflictos, máxime teniendo en cuenta que podrían generarse desarrollos legislativos nacionales muy dispares.

Es revelador (*excusatio non petita, accusatio manifesta*) el hecho de que haya reiterado tan insistentemente el legislador europeo que este precepto se limita al desarrollo de la vigente regulación de la euroorden para su mejora, sin poner en peligro el reconocimiento mutuo y precisamente en ese marco de armonización mínima y en fomento de la confianza mutua. Insistía la Comisión en que “el fondo de la cuestión no será abordado por el letrado del Estado de emisión,” extremo que siendo de gran importancia y pudiendo dar lugar, como se ha reseñado a muy distintas interpretaciones no ha quedado luego explicitado en la Directiva.

Sin duda habrá de prestarse una especial atención al desarrollo legislativo nacional de esta Directiva para impedir la eventualidad de una doble y paralela asistencia letrada que pueda provocar efectos distorsionadores en el derecho de defensa del reclamado en vez de suponer un enriquecedor complemento para la tutela de tal derecho. *De lege ferenda* ha de tenerse en cuenta que el letrado del Estado emisor, se presupone mejor informado sobre la suerte procesal del reclamado en dicho Estado si prospera la orden de entrega, pudiendo valorar *a priori* y de forma razonablemente estimada las pruebas que existen en la causa pendiente frente al mismo o (en el caso de haber sido ya penado), las eventuales posibilidades de una sustitución o suspensión de la pena en atención a las circunstancias concurrentes, todo lo cual es de gran utilidad y podría fundamentar un asesoramiento proclive a aconsejar el consentimiento a la entrega en determinados casos.

De otro lado, el letrado del Estado de ejecución conocerá de primera mano la aplicación judicial⁴⁷⁷ de las normas relativas a las causas de denegación de entrega que pudieran alegarse en cada caso concreto, por lo que (incluso teniendo en consideración y dando por buena la información recibida del letrado del estado emisor), bien podría asesorar a su cliente en sentido contrario a aquel, produciendo en el mismo una disyuntiva no fácilmente superable. Cabe además la eventualidad de que el letrado designado en el Estado de emisión fuera el que le asistió en el procedimiento de que la ODE trae causa y que conoce por ello detalladamente todas las cuestiones procesales y extraprocesales en relación con el asunto y además, cuenta ya con la plena confianza de su cliente (amén de compartir generalmente el idioma) y en tal caso, no parece

⁴⁷⁷ Si lo es en España, en cuanto a las prácticas seguidas por el JCI (Juzgado Central de Instrucción), la Sala de lo penal de la AN y el TC ante un eventual recurso de amparo.

improbable que asumiera el protagonismo “material” de su asistencia, tratando de instrumentalizar o dirigir la defensa del letrado del Estado de ejecución. Ello hace preciso que se regule expresamente la articulación de competencias entre ambos, cuestión nada fácil. Tampoco parece sencillo proceder a la designación de ambos letrados y su coordinación en los breves plazos previstos por la DM, lo que exigirá una complementaria regulación en la materia y grandes dosis de voluntad política, no siempre concurrente en los distintos Estados miembros.⁴⁷⁸

Tras la regulación propia del reclamado por ODE (en su art 10), la Directiva se remite a la normativa nacional en cuanto a la asistencia jurídica gratuita “que se aplicará de conformidad con la Carta y con el CEDH”. (art.11) Se suprime la cláusula de no regresión expresa que establecía la propuesta en dicha materia.⁴⁷⁹

Como última garantía de tutela estrictamente judicial del derecho de asistencia letrada, se establece la necesidad de prever un recurso en la legislación nacional y así preceptúa que “Los Estados miembros velarán por que los sospechosos o acusados en procesos penales y las personas reclamadas en el marco de procedimientos relativos a la orden judicial europea dispongan de vías de recurso efectivas conforme a la normativa nacional en los casos en que se hayan vulnerado los derechos que les confiere la presente Directiva”. Igualmente se establece que “ Sin perjuicio de las disposiciones y sistemas nacionales sobre admisibilidad de pruebas, los Estados miembros garantizarán que en los procesos penales se respeten los derechos de la defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de sopesar las declaraciones que haga un sospechoso o acusado, o las pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a un letrado, o en aquellos casos para los que el artículo 3, apartado 6, autorice que se establezca una excepción a este derecho” (art. 12).

La aparente tolerancia hacia las posibilidades probatorias que permita cada legislación nacional plasmada en el texto definitivo de la Directiva ha de ser en todo caso matizada por una interpretación coherente con la del TEDH, cuya jurisprudencia (en supuestos de violación del Convenio) ha ido más allá tal y como recogía inicialmente la Propuesta que expresamente prohibía en ésta el uso de pruebas (o declaraciones)

⁴⁷⁸ Nótese también que esta novedad consistente en la posibilidad de solicitar otro letrado en el Estado emisor de la orden conlleva una modificación o complemento de lo regulado en la anterior Directiva relativa al derecho a la información ya que el texto de la presente explicita que deberá ser informada de ese derecho de acceso a un abogado, inmediatamente después del arresto en virtud de una orden europea de detención en el Estado miembro emisor, con el fin de ayudar al abogado en el Estado miembro de ejecución (art. 10.4), derecho que obviamente no constaba en el art. 5 y anexo II de la Directiva 2012/13.

⁴⁷⁹ Vid. anterior epígrafe sobre Propuesta de Directiva y Recomendación en materia de asistencia jurídica gratuita.

obtenidas con vulneración del derecho a acceso a un abogado (o tras una excepción al mismo autorizada judicialmente), salvo en aquellos casos excepcionales en que con ello no se perjudicaran los derechos de la defensa, prohibición que no se formula en el texto final de la Directiva.⁴⁸⁰

En todo caso, no era tampoco sencilla la interpretación de aquel precepto en tanto que difícilmente se entiende el motivo que habría de tener un Juez instructor para autorizar en un caso concreto una excepción a sabiendas de que posteriormente no podría utilizarse dicha declaración sin letrado, como tampoco parece evidente delimitar en la práctica los supuestos en que haya de considerarse que no se perjudican los derechos de la defensa.⁴⁸¹ La redacción actual parece dejar mayor libertad al legislador nacional en su desarrollo y también al Juez nacional en su control, bien que habrá de tenerse siempre en cuenta el respeto a la jurisprudencia del TEDH en materia de admisibilidad probatoria, máxime cuando precisamente existe en relación a su tratamiento tanta disparidad entre Estados miembros.

Tres derechos más son desarrollados en esta misma Directiva tratando de completar en cierto modo una inicial regulación del *status* del detenido: 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.

Son regulados en tres preceptos independientes, el primero de ellos consistente en el derecho de los sospechosos o acusados, (mientras estén privados de libertad) a que se informe de la privación de libertad a un tercero que ha de ser una “persona que él mismo designe, como un familiar o un empleador” y “sin demora injustificada”. Tal derecho es renunciable. En el caso de los menores “los Estados miembros se

⁴⁸⁰ Una vez más el texto de la Directiva ha dulcificado las exigencias de la Propuesta que resultaba más contundente prohibiendo la prueba obtenida con vulneración de derechos reconocidos en esta norma y establecía un efecto retroactivo en el supuesto de vulneración del derecho de asistencia letrada, reponiendo al sospechoso o acusado al momento y en la medida de lo posible, en la posición en la que habría estado si sus derechos no hubieran sido violados como forma idónea de reparación.

⁴⁸¹ Tratando de aclarar esta compleja materia, señalan los considerandos de la Directiva que “En este contexto, debe tenerse presente la jurisprudencia del TEDH según la cual los derechos de la defensa se verán en principio irrevocablemente lesionados si se utilizan para la obtención de una condena declaraciones inculpatorias efectuadas durante los interrogatorios policiales sin posibilidad de acceso a un letrado. Ello debe entenderse sin perjuicio de la utilización de las declaraciones con otros fines permitidos por la normativa nacional, como la necesidad de llevar a cabo actos de instrucción urgentes o de evitar la perpetración de otros delitos o de graves consecuencias adversas para cualquier persona, o en relación con una necesidad urgente de evitar comprometer de modo grave el proceso penal en caso de que la instrucción en curso sobre un delito grave fuese a verse irremediabilmente perjudicada por el hecho de que se permita la asistencia de letrado o se retrase la investigación. Por otro lado, ello se entiende sin perjuicio de las disposiciones o sistemas nacionales sobre la admisibilidad de pruebas, y no debe impedir que los Estados miembros mantengan un sistema con arreglo al cual puedan presentarse ante un tribunal o un Juez todas las pruebas existentes, sin que se realice una valoración independiente o previa sobre la admisibilidad de dicha prueba”.

asegurarán de que la persona en quien recae la responsabilidad parental del menor sea informada lo antes posible de su privación de libertad y de los motivos de tal situación, salvo que ello resulte contrario a los intereses del menor, en cuyo caso se informará a otro adulto que se considere apropiado. A efectos del presente apartado, se considerará menor a toda persona de menos de 18 años” (art.5).⁴⁸²

Este derecho puede ser dejado de aplicar temporalmente en las mismas condiciones que el de asistencia letrada. En el caso de los menores, si se estableciere una excepción temporal a la aplicación de ese derecho, se asegurarán de que una autoridad responsable de la protección o el bienestar de los menores sea informada, sin demora injustificada, de la privación de libertad del menor.

A continuación, la Directiva consagra el “derecho de la persona en situación de privación de libertad a comunicarse con terceros” estipulando que ha de ser “sin demora injustificada” (art. 6) y permitiendo a los Estados miembros limitar o aplazar el ejercicio de tal derecho “por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado”. La Propuesta trataba los dos derechos anteriores en el mismo precepto de forma conjunta y no se comprende bien por qué ahora al ser detallados en dos artículos correlativos se ha diferenciado el régimen de excepciones, quedando más imprecisa la posibilidad de limitar o aplazar este derecho.

Por último, se contempla también en la Directiva (art.7) el derecho a la asistencia consular de los sospechosos o acusados a los que se haya privado de libertad⁴⁸³. Las autoridades diplomáticas pueden ejercer la protección consular cuando actúen en calidad de autoridades consulares. Exige 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

⁴⁸² El 27 de noviembre de 2013 se aprobó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales. Dicha Propuesta señala en su artículo 5 genéricamente sobre el derecho de información que: “si la información al titular de la responsabilidad parental fuese contraria al interés superior del menor, este derecho no debe aplicarse. Este podría ser el caso, por ejemplo, si el titular de la responsabilidad parental ha participado en el mismo delito que el menor y hay un conflicto de intereses. En este caso, se informará y se instará a estar presente a otro adulto adecuado. Por “otro adulto adecuado” se entiende un familiar o una persona (distinta del titular de la responsabilidad parental) relacionada socialmente con el menor que pueda interactuar con las autoridades y permitir al menor ejercer sus derechos procesales”. (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, (27 de noviembre de 2013), /* COM/2013/0822 final - 2013/0408 (COD) */).

⁴⁸³ Derecho equivalente al ya consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, que confiere a los Estados el derecho a tener acceso a sus nacionales.

libertad y con quién desea comunicarse. Todo sospechoso o acusado tendrá asimismo derecho a que lo visiten sus autoridades consulares, a conversar y 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. En su último inciso este precepto remite a la posible regulación nacional de este derecho “siempre que se permita que se alcancen plenamente los fines para los que se han previsto estos derechos”.

En cuanto al régimen de renuncia a algunos derechos de la Directiva y sus condiciones y consecuencias, se regula expresamente en la misma (art. 9) pero sólo se explicita en cuanto a los de asistencia letrada (arts. 3 y 10) también en coherencia con los dictados de la doctrina del TEDH, exigiendo que la renuncia sea eficaz, voluntaria e inequívoca.⁴⁸⁴ La Directiva establece que dicha renuncia ha de ser revocable, en cualquier momento del procedimiento sin que dicha revocación tenga efecto retroactivo. (Es decir tras una eventual revocación no debe ser necesario proceder de nuevo al interrogatorio ni repetir cualquier acto procesal que se haya realizado durante el período en que se había renunciado al derecho).

Se subordina la eficacia de la renuncia (que ha de ser voluntaria e inequívoca) a que la persona sospechosa o acusada haya recibido asesoramiento legal previo sobre las consecuencias de la misma, si se ha obtenido un conocimiento completo de estas consecuencias y tiene la capacidad necesaria para comprender estas consecuencias. Por ello, al proporcionar la información, “deben tenerse en cuenta las condiciones específicas del sospechoso o acusado de que se trate, incluida su edad y condición mental y física”.⁴⁸⁵ La Directiva (art. 9) exige el registro de la renuncia y de las circunstancias en que se da si bien de nuevo sin garantías concretas ni uniformes sino remitiéndose a la legislación del Estado miembro en cuestión.

Sin embargo, una especial mención a las personas vulnerables se efectúa en el artículo 13, exigiendo la garantía de que en la aplicación de esta norma los Estados miembros tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables. Dicha norma será integrada con las exigencias de la Propuesta de Directiva (noviembre de 2013) pendiente de aprobación en la materia. En

⁴⁸⁴ El TEDH viene exigiendo que sea respaldado por las garantías mínimas en proporción a su importancia, que el hecho y las circunstancias de la misma han de registrarse y que debe efectuarse con pleno conocimiento de sus consecuencias, a través de asesoramiento jurídico sobre las mismas y siendo la persona concernida capaz de entender las referidas consecuencias.

⁴⁸⁵ Así lo exigen los considerandos, mientras que el articulado no menciona la necesidad de asegurarse sobre la capacidad de comprensión sobre el alcance de la renuncia.

ella como garantía adicional se prevé la imposibilidad de renuncia del derecho a asistencia letrada por parte de los menores.

El hecho de que los otros derechos procesales contemplados en la Directiva (previstos en arts.5, 6 y 7) no se incluyan en el precepto dedicado a la renuncia no supone *sensu contrario* que sean irrenunciables. Al contrario, la propia redacción y naturaleza de los mismos permite dicha renuncia e incluso sin requisitos tan estrictos como en los otros supuestos.⁴⁸⁶

En todo caso, de lo expuesto, cabe concluir que la Directiva ha resultado, como era previsible, una norma de mínimos, remitiéndose en ocasiones en exceso a cada ordenamiento nacional y rebajando el tono más tutelar de la Propuesta. Sin embargo, desde un punto de vista material y en cuanto que refleja bastante fielmente la doctrina jurisprudencial del TEDH en materia de defensa letrada, merece un juicio positivo. Y ello, en cuanto que se desvincula de la necesidad de formalidad en la imputación para su exigencia, (que se generaliza en un momento temprano del procedimiento adelantándose al interrogatorio policial, extendiéndose a la fase de sentencia y recurso), regula adecuadamente un régimen garantista de renuncia y excepciones (contempladas restrictivamente y bajo control judicial) y exige la instauración de recursos efectivos para su control en vía jurisdiccional nacional, enfatizando el derecho a la confidencialidad entre letrado/cliente sin excepciones, tras un relevante debate de los Estados miembros al respecto. En el mismo sentido, profundiza en la tutela de los derechos del reclamado en virtud de ODE, impidiendo interpretaciones restrictivas de sus derechos y esbozando una doble asistencia jurídica que no por compleja ha de ser menos prometedora. No puede sin embargo dejar de lamentarse la redacción finalmente confusa que ha cristalizado en el texto final en cuanto a las pruebas obtenidas con vulneración de este derecho fundamental. Ha prevalecido la intención de respetar la divergencia de la legislación nacional en la materia, perdiéndose una oportunidad clave para la seguridad jurídica de haber normativizado la doctrina del TEDH en la materia.

La aprobación de esta Directiva supone también la admisión ya desde ahora de un cierto fracaso del proceso armonizador (más bien, ligeramente aproximador), que no por ello ha de ser minusvalorado en tanto que consagra logros tutelares importantes, recepcionando y positivizando dentro del ordenamiento de la UE los más significativos pronunciamientos del TEDH y en todo caso, contagiando también las futuras

⁴⁸⁶ El derecho de comunicar la detención a tercero es obviamente renunciable, salvo quizá en el caso de los menores de edad. También puede renunciarse al derecho a comunicar con terceros y en cuanto a la comunicación con autoridades consulares, el propio art. 7 explicita su subordinación a la voluntad del detenido ("si así lo desea", reza el mismo).

regulaciones nacionales del espíritu plenamente garantista que viene presidiendo su actuación y en que el Juez nacional como Juez europeo va cobrando renovado protagonismo en la salvaguarda de las garantías procesales.

En cuanto a la transposición de esta Directiva en nuestro ordenamiento jurídico nacional, recientemente se ha elaborado un Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas que entre otros extremos, proyecta implementar esta Directiva.⁴⁸⁷

Sin perjuicio de la suerte que haya de merecer el mismo, y el texto que finalmente cristalice, ha de tenerse en cuenta que sorprendentemente en este caso el legislador nacional parece precipitarse injustificadamente al abordar en este preciso momento tal regulación.

Y ello, atendiendo a que desde el punto de vista material no reviste urgencia su transposición si tenemos en cuenta el actual régimen en vigor en relación a estos derechos, (con un alto nivel de garantías) y en el que no se prevén novedades de calado por efecto de la normativa europea, máxime cuando desde el punto de vista temporal, cuenta con un plazo más que suficiente (hasta el 27 de noviembre de 2016). Dada la esperada (y ciertamente dilatada) reforma de toda la ley procesal penal en un nuevo Código de tenor previsiblemente revolucionario, (también desde el punto de vista dogmático y terminológico) resultaría más prudente haber intentado siquiera esperar a su aprobación para, en su seno, implementar esta Directiva, configurando unitariamente el *status* del detenido y el derecho de defensa, sin acudir a una nueva rectificación de los artículos 118, 520 y 527 LECRIM por la que se ha optado y que escasa o nula vigencia temporal ha de tener. Y así, el nuevo texto previsto del artículo 118 LECRIM (precepto que acaba de ser reformado, como también el art 520, a tenor de la implementación de las dos primeras Directivas) tras señalar significativamente que “El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena”, a continuación (y esta vez con escasa novedad respecto del régimen anterior), indica que: “El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre

⁴⁸⁷ Actualmente se encuentra en fase de aprobación el citado Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (13 de marzo de 2015). Texto del Proyecto disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividadlegislativa/normativa/proyectos-remitidos-cortes>, (última consulta 5 de mayo de 2015).

designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento desde que se le atribuya la realización de un hecho punible y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos”. Más interesante es el énfasis del texto sobre la confidencialidad.⁴⁸⁸

Igualmente incluye el Proyecto el detalle sobre los derechos de comunicación de la detención a terceros y la comunicación consular así como una normativa específica en relación a los menores detenidos en un sentido fiel a la letra y espíritu de la Directiva. A su vez, en el proyectado art. 520 LECRIM, contempla los mismos derechos de asistencia letrada que ya corresponden a la actual práctica en el foro y genéricamente reconocidos en nuestro ordenamiento interpretado por el TC.⁴⁸⁹ Añade que: “Cuando exista una necesidad urgente de evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona o de prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación, la policía tomará declaración al detenido con anterioridad a que éste se entreviste con un abogado y dejará constancia en las actuaciones de las razones que motivaron la adopción de esta medida”.

Lo más innovador es precisamente la consagración de este régimen de excepción del derecho, avalado por las posibilidades de la Directiva, (que al menos se recogen muy restrictivamente).⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Preceptuando que: “Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el Juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria”.

⁴⁸⁹ Al efecto, desarrolla en el art. 520.2 c) el “Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible”. Se explicita que “La asistencia del abogado consistirá en: a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i); b) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al Juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica; c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten; d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial”. (Se zanja una eterna polémica sobre este tema).

⁴⁹⁰ Y también la regulación específica en cuanto a recogida de muestras de ADN (“Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el Juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución

En todo caso, examinando el contenido del citado Proyecto, ha de señalarse que el mismo precisamente omite desarrollar los aspectos más interesantes de la Directiva, antes apuntados y muy lamentablemente nada innova en materia de recursos. No se aprecian cambios muy sustanciales en la legislación nacional, a la sazón bastante garantista en relación al derecho de asistencia letrada ya desde la primera etapa de detención policial, por lo que cabe señalar que quizá debería aprovecharse el desarrollo de la misma para corregir determinadas prácticas irregulares que se vienen produciendo en ocasiones en cuanto a la preceptiva espera al letrado en dependencias policiales cuando el detenido ha anunciado su voluntad de no declarar en las mismas sino ante el Juez (el supuesto mayoritario) y en que los cuerpos policiales prefieren la inmediata puesta a disposición del juzgado de guardia del detenido que esperar al letrado de guardia que se retrasa⁴⁹¹

Sin embargo, parece obvio (y la Directiva así lo recoge) que la asistencia letrada en comisaría no se circunscribe a la mera presencia en la declaración sino también a otros fines explicitados muy especialmente asistir a cualquier acto de investigación o de obtención de pruebas para las que la legislación nacional aplicable requiere o permite expresamente la presencia de un sospechoso o acusado, siendo lamentable la ausencia en el texto definitivo de la Directiva (y también en el Proyecto de LO de implementación) de la referencia expresa al derecho del letrado al “acceso al lugar de detención para verificar las condiciones de detención”. Debería haberse contemplado expresamente también para evitar la anterior interpretación (a veces bienintencionada) de que lo más urgente y garantista para el detenido es siempre la rápida e inmediata puesta a disposición judicial, obviando trámites previos que pueden sin embargo estar dotados de gran relevancia en la defensa de sus derechos fundamentales y muy significativamente este nuclear derecho de defensa.⁴⁹²

forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”).

⁴⁹¹ En nuestro derecho nacional el letrado tiene derecho a agotar un periodo de tiempo desde el aviso para comparecer. Con frecuencia no se espera al letrado y se envía al detenido al Juzgado de guardia avisando al letrado de que se persone directamente allí. (A veces tras consultar con personal del juzgado de guardia que según la prisa del caso y el concreto interlocutor de turno, ofrece una u otra respuesta. Los letrados no suelen poner reparos al resultarles a veces más cómodo ese único desplazamiento y asistencia. En el Proyecto se fijan en la proyectada redacción del art. 520 LECRIM una serie de requisitos estrictos para garantizar la presencia del letrado de libre elección y subsidiariamente el de oficio, exigiendo que “El Abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de *tres horas* desde la recepción del encargo”.

⁴⁹² Piénsese en el hecho de una palmaria confusión en la identificación policial del detenido, la constancia en el atestado de errores fácilmente subsanables en sede policial, etc...que podrían ser detectados e incluso corregidos por mor de la intervención del letrado en comisaría antes de la puesta a disposición judicial con la cooperación de la policía, beneficiando los derechos de defensa de su patrocinado. (Circunstancias que, una vez el atestado en sede judicial, exigirían nuevos oficios o requerimientos a la policía para los que no suele haber tiempo en el Juzgado de guardia).

A4. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y LA ORDEN DE DETENCIÓN: *Garantías de libertad de los reclamados por la euroorden: La ocasión perdida*

No puede existir mejor campo de pruebas sobre las implicaciones del ejercicio del derecho de defensa de sospechosos y acusados en el ámbito del ELSJ europeo, que el derivado de la ya dilatada experiencia resultante de la entrada en vigor de la euroorden y las correspondientes normas nacionales de transposición. Ríos de tinta han corrido sobre su presunta “toxicidad” para las garantías de libertad y por ende de defensa, en lo que algunos consideraron los primeros pasos de una “Europa de carceleros”⁴⁹³ dispuesta a arriesgar libertades largamente preservadas so pretexto de exigencias contingentes y urgentes de seguridad nacional. Por ello, ha sido unánime la reivindicación de la doctrina nacional e internacional sobre la necesidad de crear efectivas medidas correctoras que armonicen la premisa de confianza recíproca con el acervo de garantías procesales europeas⁴⁹⁴ y como ya se viene insistiendo, las instituciones de la UE (y en especial la Comisión) han sido especialmente sensibles a dicha demanda, (que inspira toda la labor legislativa acometida tras Lisboa), precisamente tomando buena nota en ocasiones del resultado ambivalente de la experiencia resultante del citado instrumento.

Precisamente su mayor crítica ha sido priorizar los valores de seguridad v. libertad sin un auténtico marco paralelo de tutela de los derechos procesales de los sospechosos como contrapeso,⁴⁹⁵ lo que ha llevado doctrinalmente a demonizar la ODE precisamente desde el punto de vista de las garantías, llegando a ser calificada de “sutil metamorfosis de la presunción de inocencia, ahora travestida de presunción de sospecha”.⁴⁹⁶

En cualquier caso, la instauración de la euroorden supuso la superación de la filosofía y dinámica clásica extradicional por lo que no puede negarse que la experiencia

⁴⁹³ GONZÁLEZ- CUELLAR SERRANO llega a equipararla con el “procedimiento inquisitorial del Santo Oficio”. (GONZÁLEZ- CUELLAR SERRANO, N., “La euroorden: hacia la Europa de los carceleros” *Diario La Ley*, nº 6619, 2006, pp.1-5).

⁴⁹⁴ BUJOSA VADELL, L. M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, (perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea)*, Editorial Comares, Granada 2008.

⁴⁹⁵ Idea en que insistía ya hace diez años, el citado Libro Verde de la Comisión sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la UE (de 12 febrero de 2003), (nota 61) y el resto de iniciativas que, tras sucesivos intentos frustrados hoy están obteniendo los primeros resultados positivos.

⁴⁹⁶ ALISTE SANTOS, T.J., “Orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales,” en BUJOSA VADELL, *op.cit.*, nota 494, p. 322.

de dicho instrumento (con sus defectos y virtudes) está siendo valiosa. Operativa en tanto que, desde un punto de vista cuantitativo ha agilizado *de facto* las entregas de sospechosos y acusados entre Estados miembros y los plazos de decisión sobre las mismas, permitiendo a las autoridades judiciales acceder a un instrumento dinámico o al menos automatizado para conseguir la eficacia transnacional de sus mandatos de detención, mejorando con ello la viabilidad de los procedimientos en curso con componentes supranacionales o sujetos pasivos tratando de sustraerse a la acción de la justicia y aprovechando a tal efecto las ventajas de una Europa “sin fronteras”. De otro lado, desde el punto de vista de la preservación del derecho de libertad y su efectiva defensa, el mero hecho de contar con este mecanismo eficaz y al alcance de las autoridades judiciales de la UE ha de tener igualmente el efecto positivo y “garante” de reducir cuantitativa y cualitativamente las medidas cautelares restrictivas de derechos personales que de forma más generalizada se adoptarían en el ámbito procesal interno en relación a imputados extranjeros o sin arraigo en el Estado en que se sigue el proceso, si no existiera una expectativa razonable de retorno forzoso de los mismos, de ser necesario. En ese sentido puede afirmarse que la eficacia represiva va de la mano con la garantía de libertad.

La propia judicialización del procedimiento (frente al precedente extradicional de fuerte componente político y discrecional, sometido al principio de oportunidad v. al hoy reforzado principio de legalidad) debería al menos *in abstracto* coadyuvar a la necesaria seguridad jurídica demandada por la ciudadanía, confiando la tutela de sus máximos derechos y libertades únicamente al poder judicial (y a varias instancias del mismo, permitiéndose la revisión constitucional y supranacional de las decisiones de entrega en determinados supuestos). Puede afirmarse que, en tal sentido, la ODE consolida el principio de legalidad frente al de oportunidad y en ese entorno de judicialización, (y pese a las disfunciones que aún persisten). Como contrapartida también fortalece determinadas garantías procesales. Y en tal sentido la DM 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, luego modificada por DM 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009⁴⁹⁷ supuso la regulación detallada del *ne bis in idem*, el derecho a deducir el periodo detención/privación provisional de libertad en beneficio del reo y también, un cierto avance en cuanto a la regulación del derecho de defensa y asistencia letrada y los derechos del condenado en ausencia.

Implementada la inicial DM reguladora de este instrumento en forma temprana y no exenta de críticas en nuestro ordenamiento nacional por la LOEDE (Ley 3/2003, de

⁴⁹⁷ Vid. notas 12 y 13.

14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega), esta última ha sido derogada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea⁴⁹⁸ que expresamente incorpora las dos DM señaladas, dedicando a la ODE su Título II, y siguiendo expresamente “ el mismo sentido que lo hasta ahora regulado” pero matizando que supone: “su puesta al día, en atención a la experiencia ya acumulada en esta materia”. Señala el legislador nacional que “Ello ha supuesto el reforzamiento de las garantías jurídicas, en especial con la introducción del criterio de la proporcionalidad, algunas mejoras de técnica normativa y otras modificaciones que persiguen mejorar la aplicación práctica de la norma. Desde el punto de vista sustantivo, la más importante novedad es la atribución de la resolución sobre la entrega del reclamado por euroorden detenido en España en todo caso a los titulares de los JCI (Juzgados Centrales de Instrucción) y en el caso de que no haya mediado consentimiento, tal resolución será apelable ante la Sala de lo Penal de la AN (mientras que en el anterior régimen, en estos casos el JCI remitía a la Sala el procedimiento para su resolución sin ulterior recurso). No incorpora novedades de calado más allá de la regulación relativa a los reclamados juzgados en ausencia (para implementar la DM 2009/299/JAI) y correcciones puntuales que no habrán de tener gran trascendencia práctica, habiéndose perdido una oportunidad histórica para haber clarificado todas las dudas doctrinales y lagunas que ha venido suscitando la práctica de este instrumento hasta el momento y que como se verá están íntimamente relacionadas con la defensa del reclamado.⁴⁹⁹

Ha de censurarse la regulación de este importante instrumento de forma conjunta con otros basados en el principio de reconocimiento mutuo. Desde el punto de vista de claridad y seguridad jurídica hubiera sido más riguroso haber reservado una Ley independiente a la euroorden que regulase de forma completa y específica el status procesal del reclamado. Tanto o más importante que incluir en la regulación nacional las novedades de la DM 2009/299/JAI era precisamente implementar de forma conjunta y sistemática las Directivas posteriormente aprobadas en materia de garantías que como

⁴⁹⁸ Vid. nota 38.

⁴⁹⁹ Excede notoriamente del propósito de esta investigación desarrollar un análisis crítico global de la euroorden y su reciente regulación nacional, que ha de ser examinada solo en directa relación a la perspectiva de esta tesis y en este caso, en cuanto a la defensa del reclamado, (y en relación a sus derechos de libertad), siendo obligada también la referencia a la misma con ocasión de las restantes garantías. Abundantísima bibliografía en la materia, entre la que destacan: CALAZA LÓPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Iustel, Portal Derecho SA, Madrid, 2005; CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detección europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 14, 2007, pp.1-24; CARTIER, M.E., (dir.), *Le Mandat d'Arrêt Européen*, Bruylant, Bruselas, 2005; GUILD, E (ed.), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Wolf, Nijmegen, 2006; KEIJZER, N, VAN SLIEDREGT, E., (eds.) *The European Arrest Warrant in Practice*, Asser Press, La Haya, 2009; SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., “European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2008, pp.171-183.

se ha visto dedican un tratamiento específico a los reclamados por una ODE (notoriamente en cuanto a derechos de información y asistencia letrada). Bien es cierto que los proyectos legislativos nacionales (como esta Ley de reconocimiento mutuo), se demoran en el tiempo, resultando la frenética actividad legislativa de la UE tras Lisboa, difícil de seguir. Sin embargo, en todo caso, una mínima demora en la regulación de la ODE habría permitido al menos implementar conjuntamente las Directivas ya aprobadas, evitando el resultado previsible de una parcheada legislación en la materia, eternamente provisional y no siempre coherente entre sí ni de fácil acceso para el operador jurídico.

En todo caso, dada la trascendencia de este instrumento en el ámbito europeo, no puede dejar de hacerse una sucinta referencia a las especificidades relativas a los derechos de defensa del reclamado.

Ya examinado el derecho de asistencia letrada del mismo regulado en la Directiva analizada,⁵⁰⁰ se siguen planteando interesantes cuestiones en cuanto a las restantes garantías procesales del mismo y sobre todo en cuanto a la defensa de su derecho a la libertad en el ámbito del ELSJ, muy especialmente en materia de regularización de la situación personal del detenido y correlativa adopción de medidas cautelares del reclamado por una ODE. Lamentablemente la mayoría de las cuestiones problemáticas que se han venido planteando desde esa perspectiva, inexplicablemente no han sido solucionadas en la nueva regulación nacional pese a los largos debates doctrinales (y pronunciamientos judiciales) a que han dado lugar.

a) Regularización de la situación del detenido: Cerrando el Juzgado de guardia, preservando la especialización judicial

La propia judicialización del procedimiento de detención y entrega debería ser garantía *per se* de tutela del derecho de defensa del reclamado y muy especialmente de su derecho a la libertad. No puede obviarse una referencia crítica en esta sede a las posibles distorsiones del derecho de defensa resultantes de las distintas

⁵⁰⁰ Nótese que el reciente Proyecto de LO de reforma de la LECRIM por el que se pretende la implementación de la Directiva de asistencia letrada obvia la situación del reclamado por ODE para el que la Directiva reservaba una específica regulación. Ello ha de ser corregido imperativamente, so pretexto de que quede sin implementar esta importantísima regulación, que tampoco fue recogido por la Ley de reconocimiento mutuo, (habiéndose aprobado la Directiva durante su tramitación).

interpretaciones que ampara la regulación legal española en la materia (tanto anterior como la recién aprobada que arrastra los vicios y lagunas de aquella) y que ha permitido ciertas prácticas en los juzgados nacionales con ocasión de las ODE que pueden calificarse de irregulares y lesivas de los derechos fundamentales del reclamado. Inciden precisamente en cuanto a las concretas circunstancias de su puesta a disposición judicial, los plazos de la misma y en relación a la autoridad judicial competente para intervenir en este procedimiento.

La reciente regulación nacional de la ODE en el mismo sentido que la anterior, tras señalar que “La detención de una persona afectada por una orden europea de detención y entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal,” instaura igualmente el plazo máximo de setenta y dos horas tras su detención para su obligatoria puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. (Circunstancia que ha de ser comunicada a la autoridad judicial de emisión). Y continua el actual artículo 50.3 que “Puesta la persona detenida a disposición judicial, se le informará de la existencia de la orden europea de detención y entrega, de su contenido, de la posibilidad de consentir en el trámite de audiencia ante el Juez y con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten”. Así pues, mantiene la previsión expresa de la información de derechos en el momento en que es puesto a disposición judicial, dejando sin respuesta el interrogante planteado de si no existe obligación previa al respecto (en dependencias policiales).

Ha de tenerse en cuenta que esta nueva Ley de reconocimiento mutuo no implementa las Directivas de traducción, información ni asistencia técnica que sin embargo habrán de influir en el status del detenido reclamado al efecto, ya que contienen regulación expresa sobre los mismos. Y así, muy especialmente ha de tenerse en cuenta que la Directiva sobre información de derechos exigía la garantía de que el detenido a efectos de la ejecución de una orden de detención europea ha de recibir “con prontitud” una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos de conformidad con la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta, declaración que ha de estar redactada en un lenguaje sencillo y accesible, (figurando un modelo indicativo de tal declaración en el anexo II). En los considerandos se incluía la interpretación de esa prontitud “a más tardar antes de su primer interrogatorio oficial por parte de la policía o de otra autoridad competente”. Y si bien, ello podría ser compatible con el referido art 50.3 de la Ley de reconocimiento mutuo, siempre que no existiera interrogatorio policial,

sin embargo mal se concilia con las exigencias de la Directiva de asistencia letrada que la exige para el reclamado por ODE “tan pronto como se produzca su detención en virtud de una orden de detención europea” y sin demora injustificada tras la privación de libertad (art 10). Ello exige que un letrado haya de tener acceso al detenido en dependencias policiales con independencia de que vaya a declarar allí o no (de hecho la Directiva de asistencia letrada expresamente señala que el letrado estará presente en la declaración “judicial” lo que parece excluir una previa policial si bien, tal declaración no agota las funciones de defensa letrada que ha de desarrollar el letrado con su cliente desde la propia detención), por lo que, obviamente, habrá de producirse una información de derechos en sede policial. Parece insostenible en nuestro ordenamiento nacional que un detenido pueda estar hasta 72 h sin ser informado de sus derechos y el motivo de la detención, máxime cuando tiene derecho a asistencia letrada mientras permanece bajo custodia policial, debiendo considerarse que, de seguir el tenor literal del art 50, y esperar a tal efecto a su comparecencia judicial, estaríamos ante una “demora injustificada”.⁵⁰¹

En cuanto a la continuación del procedimiento (en el caso de un reclamado por ODE, detenido en España), el actual artículo 51 regula de forma similar (al antiguo 14 LOEDE) la audiencia del detenido y la forma en que ha de prestar su consentimiento o no para la entrega. Igualmente si la persona afectada hubiera consentido ser entregada al Estado de emisión y el Juez Central de Instrucción no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega,⁵⁰² acordará mediante auto firme su entrega al Estado de emisión.

Sin embargo, la anterior regulación en caso de no consentir la entrega, establecía la continuación de la audiencia al efecto de oír a las partes y MF sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega, pudiendo proponerse y practicarse prueba, tras lo cual, el Juez Central de Instrucción elevaba sus actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Resolviendo la Sala

⁵⁰¹ En contra, algunos autores como JIMENO BULNES, (*op. cit.*, nota 474) al plantearse la cuestión sobre el efectivo momento en que surge el derecho a asistencia letrada, información de derechos y demás garantías del reclamado a tenor del contenido del antiguo art. 13.3 LOEDE, consideraban incluso constitucionalmente respetuoso admitir el momento de la puesta a disposición judicial como punto de partida de los derechos de información y otros derechos fundamentales procesales, justificándolo en que podría no existir previamente siquiera interrogatorio policial sino mera identificación del reclamado. Tras la actual Directiva de asistencia técnica no puede ya defenderse dicha tesis.

⁵⁰² La anterior redacción ha sido corregida en sentido positivo ya que aquella señalaba que era el MF y no el Juez el que no debía advertir dichas causas, siendo obvio que la decisión final (tras oír alegaciones del MF en tal sentido) era de la autoridad judicial, como se explicita ahora.

mediante auto, con observancia del plazo máximo fijado por el artículo siguiente (60 días tras detención prorrogables por otros 30), dicha resolución era irrecurrible.

Ahora sin embargo, se opta también en dicho caso, por mantener la competencia sobre la decisión de entrega en el JCI tras celebrar una vista (en que tendrán lugar las alegaciones y prueba) y que se celebrará en un plazo máximo de tres días después de la audiencia). Y dicha decisión será apelable ante la Sala de lo Penal de la AN.⁵⁰³ Se distinguen claramente dos comparecencias (audiencia y vista), en dos momentos procesalmente diferenciados ante la misma autoridad judicial (JCI). Ello es positivo en tanto que permite sin duda una mejor preparación de la defensa del reclamado (permitiendo que el letrado del Estado de ejecución contacte eventualmente con el del Estado de emisión, si el reclamado quisiera hacer uso de esa doble defensa técnica que le ha permitido novedosamente la Directiva de asistencia letrada) e instaurando el sistema de doble instancia, más garantista que el derogado. Resulta sin embargo “peligroso” que el actual texto parezca permitir que se difiera la resolución sobre la situación personal del detenido a dicha vista (art.53 señala que se decidirá en la “Audiencia o Vista”). Una interpretación literal significaría que podría llegar a estar detenido sin regularizarse su situación personal hasta *tres días más*, lo que obviamente parece a todas luces inconstitucional y más un defecto de redacción y técnica jurídica que una deliberada opción legislativa, máxime cuando el propio precepto permite expresamente que en dicha vista sea juzgado en ausencia (habiendo sido decretada la libertad provisional del mismo en la previa audiencia).

Por todo ello, ha de interpretarse que en todo caso será en el curso de aquella audiencia cuando haya de adoptarse dicha decisión, (y solo quizá excepcionalmente en la vista si no entrañase una demora temporal relevante, vgr. celebrándose el mismo día, horas más tarde, supuesto que parece improbable).

Sin embargo, en cuanto a los plazos de puesta a disposición de los detenidos (cuestión no pacífica siquiera en derecho interno) la actual redacción arrastra las

⁵⁰³ Ha de partirse de que la orden de detención no es equiparable al procedimiento penal, deriva de una misma resolución judicial que equivale a una orden de búsqueda, captura detención y entrega en un modelo unificado, que excluye valoraciones o indicios racionales de criminalidad ni participación del reclamado (los denominados *merits of the case*) y así lo ha venido considerando el TC (STC (Pleno) 292/2005, de 10 de noviembre de 2005, (Recurso de amparo 1827-2005), BOE núm. 297 de 13 de diciembre de 2005 y STC (Sala 2ª) 177/2006, de 5 de junio de 2006, (Recurso de amparo 5933-2005), BOE núm. 161 de 7 de julio de 2006, (esta última con expresa referencia a la euroorden). Señala el TC que a los efectos de resolver sobre la entrega no es objeto de decisión la hipotética culpabilidad o inocencia del reclamado. Lo que es objeto de verificación es el cumplimiento de los requisitos y garantías, por lo que no se había considerado extrapolable la doctrina constitucional sobre el derecho a doble instancia que rige exclusivamente en el proceso penal. Sin embargo el TC consideraba que al conllevar restricción del derecho de libertad si le eran aplicables las garantías del derecho de defensa. Ha de merecer un juicio positivo la reforma legislativa optando por la doble instancia también en el procedimiento de euroorden cuando no existe consentimiento, como principal novedad de la nueva regulación.

imprecisiones de la anterior. Y así, no ha de confundirse el plazo de puesta a disposición judicial y aquel en que ha de celebrarse la audiencia. El primero, (plazo máximo de 72 h desde la detención), se considera razonable⁵⁰⁴ por permitir efectivamente la puesta a disposición ante el JCI como órgano competente atendiendo en su emplazamiento en Madrid (y siendo coherente con la regulación de la CE y art 520 LECRIM). Como se verá, es adecuado mantener el mismo a los efectos de posibilitar en todo caso la puesta a disposición ante el Juez competente cuestión que no resulta baladí.⁵⁰⁵ Ello, sin perjuicio de que obviamente sea un tope legal máximo, que no ha de agotarse sino excepcionalmente. La jurisprudencia del TC exige atender al caso concreto y al tiempo estrictamente necesario, llegando a haber declarado inconstitucional un plazo inferior al máximo de 72h.⁵⁰⁶

Más interesante resulta la cuestión planteada⁵⁰⁷ sobre la dudosa compatibilidad de la aplicación del plazo especial legalmente fijado en supuestos de terrorismo (máximo 5 días a tenor del artículo 520 bis de la LECRIM, que prevé posibilidad de prórroga del plazo inicial de 72 h. por otras 48 h.). Ha de tenerse en cuenta que además de ser difícilmente ajustadas estas previsiones de prórroga a la jurisprudencia de Estrasburgo, en la euroorden no podría aplicarse este plazo más dilatado, (primando la regulación de este instrumento europeo como *lex specialis*), máxime cuando en tales casos, las diligencias policiales a practicar, en principio no justificarían esa superior demora (ya que no actúan propiamente en la concreta investigación de un delito de terrorismo).

Sin embargo, en cuanto al segundo plazo establecido para celebrar la audiencia a que asiste el MF, el abogado del detenido y en su caso el intérprete (y que deberá realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la LECRIM), ha de

⁵⁰⁴ Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., “Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito”, en ARROYO ZAPATERO L. NIETO MARTÍN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2006, pp. 383 y ss.

⁵⁰⁵ Atendiendo a que la policía solo debería como regla general identificar e intervenir objetos en su caso y no realizar propiamente investigaciones tendentes a esclarecimiento de los hechos, el Anteproyecto de la LOEDE barajó fijar un plazo de 24h como límite máximo. Sin embargo, se tuvieron en cuenta las advertencias del informe del CGPJ en el sentido que finalmente fue acogido (informe de octubre de 2002). Parecía lógico por ser un plazo (el de 72h) uniformador de la regulación nacional en la materia (art. 17 CE y 520 LECRIM e incluso teniendo en cuenta la ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional. En contra, JIMENO BULNES, M., (*op.cit.*, nota 474) censuraba la fijación de ese plazo que considera dilatado sin perjuicio de entender que sigue vigente el de 24 horas aun subsistente en la redacción del art. 496 LECRIM, tesis que no puede compartirse pese a la expresa discrepancia legislativa de nuestro ordenamiento (si se compara el plazo de 72 h fijado en arts.17 CE y 520 LECRIM –también en su última reforma– y el de 24h del art. 496). Y ello atendiendo a que, sin perjuicio de ser mayoritaria la doctrina que prima el primero de ambos, tanto la anterior como la actual regulación sobre la ODE *explicita*, el de 72 h en coherencia con el tratamiento constitucional del tema.

⁵⁰⁶ Por todas, STC (Sala 1ª) 31/1996, de 27 de febrero de 1996, (Recurso de amparo 856-1992), BOE núm. 80 de 2 de abril de 1996.

⁵⁰⁷ Vid. JIMENO BULNES, M., *op.cit.*, nota 474.

compartirse la generalizada crítica de que su fijación (un máximo de 72h ante el JCI desde la puesta a disposición judicial), supone una “censurable técnica legislativa” y un empeoramiento comparativo en cuanto a la anterior regulación del art 8.2 de la Ley de Extradición Pasiva de 1985, que, para mayor contradicción aún sigue siendo aplicable con terceros Estados en que rige el anterior sistema extradicional manteniendo un plazo inexplicablemente más garantista de 24 horas.⁵⁰⁸

El actual artículo 51 de la Ley de reconocimiento mutuo, lamentablemente perpetúa esa confusión manteniendo idéntica redacción a la de la derogada LOEDE pese a que es a todas luces injustificada esa demora, máxime cuando se trata de la misma autoridad de ejecución.⁵⁰⁹

Este tema está intrínsecamente relacionado con la determinación de la autoridad judicial concreta ante quien ha de presentarse el reclamado por ODE y el órgano judicial legitimado para resolver provisionalmente sobre su situación personal. Y a pesar de que las exigencias de especialización y cualificación de las autoridades de ejecución en España son evidentes y la normativa taxativa, (en coherencia con el anterior art. 50, el actual art. 35.2 señala que la autoridad judicial competente para ejecutar una orden europea de detención será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional y “cuando la orden se refiera a un menor la competencia corresponderá al Juez Central de Menores”), sin embargo, de su interpretación excesivamente laxa (por un mal entendido criterio de practicidad y experiencias derivadas del anterior sistema extradicional) se han generado prácticas viciosas que no sólo vulneran el derecho de defensa y atentan contra la seguridad jurídica sino que se encuentran directamente enfrentadas con el propio principio de legalidad (afectando también al superior derecho a la libertad del reclamado).

La propia literalidad de la DM (que remite al derecho interno para la fijación de la autoridad competente) y el desarrollo nacional de la misma (anterior LOEDE y actual

⁵⁰⁸ JIMÉNEZ- VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. nota 438, pp.121-149.

⁵⁰⁹ Y ello, aun manteniendo la polémica sobre si en realidad se prevé una o dos comparecencias (una inicial de estricta información y otra posterior (72 h tras la primera y en presencia del MF) a efectos de prestación del consentimiento a la entrega en su caso con alegaciones del MF y letrado de la defensa. El CGPJ planteaba refundirla en una sola pero según ARANGÜENA, el texto final “parece distinguir dos: una a efectos informar al detenido de existencia y contenido orden europea y posibilidad otorgar consentimiento e irrevocabilidad así como los derechos que le asisten (art. 520 LECRIM) y el derecho a acogerse al principio de especialidad (art. 24). Luego en las 72 h siguientes ya propiamente tendría lugar la audiencia del detenido con MF y abogado. Añade la autora que “tal separación entre uno y otro trámite acaso no sea lo más conveniente desde el punto de vista de la celeridad (...) pero resulta más acorde con las exigencias del derecho de defensa, en tanto permite contar con un lapso de tiempo mínimo que posibilita por ejemplo la asistencia del abogado defensor de su confianza y en todo caso, preparar adecuadamente la estrategia defensiva frente a la orden europea”. (ARANGÜENA FANEGO, C., *Garantías procesales en los procesos penales en la UE*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 405). En esta segunda audiencia se le recordarán sus derechos, datos personales y petición sobre consentimiento.

Ley de reconocimiento mutuo que no confiere competencia alguna a los Juzgados de guardia del lugar en que efectivamente se produzca la detención), son ratificadas por las propias exigencias y finalidad de la audiencia, que requieren una clara especialización de la autoridad judicial competente.

Durante la audiencia, el JCI ha de comprobar en su caso el consentimiento a la entrega por el detenido y si ha sido prestado libremente y con pleno conocimiento de sus consecuencias y carácter irrevocable así como la renuncia en su caso, a acogerse a principio de especialidad, asumiendo dicha autoridad funciones específicas de información, homologación o verificación de si el consentimiento del detenido ha sido libre y la posibilidad de reclamar información complementaria, todas ellas funciones tuitivas de las garantías procesales del reclamado de gran trascendencia.⁵¹⁰

También el MF asume funciones específicas, en primer lugar, durante la audiencia en que podrá, (aunque la ley no lo explicita para la misma), hacer alegaciones aunque exista consentimiento a la entrega, (si no, carecería de lógica su presencia) y posteriormente, en defecto de consentimiento, interviniendo activamente en la vista, mediante alegaciones y proposición de prueba e informando sobre la procedencia de la entrega o concurrencia en el supuesto concreto de causas de denegación de la entrega o de su condicionamiento. En este procedimiento la actuación del MF, puede considerarse más representativa de las pretensiones de la autoridad judicial de emisión que como parte propiamente acusadora, sin obviar que ha de ser igualmente “garante” (junto a la propia autoridad judicial competente del Estado de ejecución) de la salvaguarda de los derechos y garantías del detenido. Como es propio de tales funciones, ello permite que el MF no actúe siempre “enfrentado”, sino también “al lado” o como coadyuvante de los propios argumentos de defensa a favor del detenido.⁵¹¹

⁵¹⁰ En dicha labor puede apuntarse la eventual aplicación analógica de la previsión legal para supuestos de conformidad del art. 787 LECRIM. En supuestos en que al Juez se le plantee la duda, parece lo más razonable presumir que el consentimiento no ha sido prestado y señalar vista. Y así, establece el art. 51 que “En todo caso, el Juez Central de Instrucción comprobará si el consentimiento a la entrega por parte de la persona detenida ha sido prestado libremente y con pleno conocimiento de sus consecuencias, en especial de su carácter irrevocable. De la misma forma procederá respecto de la renuncia a acogerse al principio de especialidad”. Si la persona afectada hubiera consentido ser entregada al Estado de emisión y el Juez Central de Instrucción no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega, acordará mediante auto su entrega al Estado de emisión. Contra este auto no cabrá recurso alguno.

⁵¹¹ Como ejemplo de esa función asumida por el MF, cabe traer a colación un supuesto resuelto por Auto de fecha 14 de julio de 2010 dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (resolviendo en relación con el expediente gubernativo 14/2010 (Sección Segunda-Juzgado Central de Inst. N° 4) un recurso de nulidad presentado en el proceso de orden europea de detención y entrega, auto que precisamente a instancias del MF declaró inexistente la comparecencia celebrada en el citado expediente de OEDE el día 14 de abril de 2010 en un Juzgado de Instrucción de Málaga, acordando retrotraer las actuaciones a tal momento procesal, celebrándose tal comparecencia ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. En el supuesto examinado (sobre el que se volverá más extensamente al analizar las distorsiones producidas en el derecho de defensa con ocasión de la euroorden (y relacionado con el derecho al Juez predeterminado por la ley), la Sala examina la actuación verificada ante el Juzgado

Mal se concilia la letra y espíritu de la actual regulación, (que prevé una audiencia y posterior vista en caso de no consentimiento, ambas ante el JCI), con la tesis (de dudosa legalidad) que ha sido en ocasiones avalada por la práctica admitiendo excepcionalmente la competencia para regularizar la situación del reclamado y celebrar la inicial audiencia por auxilio ordinario ante el Juez de instrucción del lugar en que haya sido hallado y detenido.

Pártase del hecho de que la regulación de la euroorden en nuestro ordenamiento jurídico dio lugar a un nuevo supuesto de detención por orden judicial (en este caso por una autoridad extranjera), a sumar a los previstos en la Ley de Enjuiciamiento (arts. 492 y 494 LECRIM). Ello resulta relevante sobre todo a efectos de tramitar un posible procedimiento de Habeas Corpus. Es este supuesto de Habeas Corpus, quizá el único que exige la intervención directa del Juez de guardia del lugar de la detención (art 2. LO 6/1984 de 24 mayo) como garante formal de los derechos fundamentales del detenido y como excepción a la atribución competencial específica a favor de los JCI (y AN en vía de recurso de apelación) por parte de la legislación española en materia de euroorden. Su actuación será sin embargo, como regla general prácticamente simbólica en tanto que tratándose de una detención judicial se permitirá el rechazo *ad limine litis* por el Juez de guardia sin posterior recurso, de conformidad con doctrina reiterada del TC.⁵¹² En todo caso, será mínima la dilación que podría sufrir el procedimiento por tal solicitud y subsiguiente resolución.⁵¹³

Salvado dicho supuesto claramente excepcional, si el detenido en España en virtud de ODE es presentado ante el Juzgado de guardia del lugar de detención, ha de concluirse que no podrá el mismo asumir total o parcialmente las competencias del JCI.

de Instrucción de Málaga (cuyo titular pretendía celebrar la audiencia legalmente prevista en la LOEDE con oposición del MF que lo consideraba incompetente, negándose por tal motivo también el letrado de la defensa a informar en el seno de dicha comparecencia). Se estimó en el caso examinado la nulidad de la citada comparecencia tal y como pretendía el MF incidiendo este auto en la importancia sustantiva de la actividad del MF con ocasión de su celebración y poniéndose de manifiesto cómo en este supuesto el MF vela por la legalidad del procedimiento y la preservación de garantías de los derechos del reclamado. (Concluye la Sala que “ Tras el estudio del desarrollo de esta comparecencia, queda acreditado que (...) incurrirá en un vicio de nulidad radical puntual considerada, al adolecer de elementos esenciales, tales como por ejemplo el informe del Ministerio Fiscal sobre la procedencia de la entrega o la imposición de condiciones a la misma ...” Matiza el auto que “Es necesario que el Ministerio Fiscal analice e informe sobre la procedencia de la entrega del reclamado y asimismo, que el abogado designado, ejerza el derecho de defensa, establecido en el artículo 24 de la Constitución, y cuyo desarrollo material para este caso, esta descrito en el artículo 14 de la LOEDE.

⁵¹² Por todas, STC (Sala 2ª) 122/2004, de 12 de julio de 2004, (Recurso de amparo 284-2004), BOE núm. 193 de 11 de agosto de 2004.

⁵¹³ Desde el punto de vista práctico solo daría lugar a una comunicación telefónica o incluso vía fax desde la comisaría al juzgado de guardia con la solicitud formalizada de HC, que sería sustanciada de forma inmediata y sencilla mediante el dictado del auto denegando su incoación, sin que sea previsible que se agoten las 24 h legalmente previstas para ello, y sin que se prevean funciones de comprobación de las circunstancias de la detención por parte de la autoridad judicial más allá de la constancia fehaciente de la orden de detención y la práctica de diligencias de identificación del reclamado.

Cierto es que en cuanto a la adopción de medidas cautelares personales se podría in abstracto acudir al supuesto previsto en art. 505 LECRIM,⁵¹⁴ debiendo adelantar desde ahora que incluso la forzada aplicación de esta norma a los supuestos de euroorden, (que parecen haber seguido los Juzgados que han avalado dicha irregular práctica con la connivencia de los JCI), presenta serias objeciones.

De un lado, obviamente la audiencia preceptuada legalmente para el reclamado tiene unas peculiaridades y especialidades tan esenciales que exceden de todo punto del ámbito de una comparecencia de prisión (art. 505.6 LECRIM), no siendo razonable permitir su escisión a unos u otros efectos (en cuanto al consentimiento y procedencia de la entrega, de un lado y en cuanto a la situación personal del detenido mientras se resuelve la misma, por otro). Las funciones del órgano judicial, del propio MF y del letrado del detenido son específicas en virtud de dicho objeto por lo que vulnerará los derechos de defensa del detenido la eventualidad de que sean asumidas por delegación, de forma improvisada por los órganos adscritos a un Juzgado de guardia, (a resultas de la llegada vía fax de un exhorto), menos aún para producir una resolución provisional que en todo caso habría de ser ratificada o no de forma subsiguiente.⁵¹⁵

A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que el plazo preceptivo de 72h previsto en la ley, no ya para poder celebrar la audiencia, sino para la mera presentación (y en su caso información preliminar de sus derechos) ante los JCI, resulta de fácil cumplimiento en la práctica, atendidas las características geográficas y logísticas de nuestro entorno.⁵¹⁶ Excepcionalmente, la demora podría derivar únicamente si la detención estuviese adicionalmente provocada por hechos delictivos independientes a la ODE que exijan la apertura de nuevas diligencias (y en este caso, sí una presentación ante el juzgado competente para su instrucción).

⁵¹⁴ En su redacción por LO 13/2003 de 24 octubre de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional, se señala que solo excepcionalmente es posible la actuación por Juez distinto al que conociere o hubiere de conocer de la causa ya que se subordina dicha posibilidad a que "...el detenido no pudiese ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72h, supuesto en que procederá el primero de acuerdo con lo previsto en apartados anteriores". (Art. 505.6 LECRIM). Exige por tanto el legislador la concurrencia de razones de imposibilidad y obviamente solo las mismas podrían eventualmente legitimar la excepción del traslado del detenido a Madrid de forma inmediata para su presentación ante los JCI. En todo caso, dicha actuación no sustituiría en forma definitiva al Juez competente ya que señala la norma que: "... no obstante —es decir tras la actuación del Juzgado de guardia del lugar detención— una vez que el Juez o tribunal de la causa reciba las diligencias oirá al imputado asistido de su abogado tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda". (*Vid.* Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, BOE núm. 257, de 27 de octubre de 2003, pp. 38241- 38246, (*Ref.* BOE-A-2003-19748).

⁵¹⁵ Ello lleva al absurdo de que podría por ejemplo, el detenido no consentir la entrega ante el Juzgado de guardia y luego acceder en posterior audiencia ante JCI, al haber sido asistido por distintos letrados.

⁵¹⁶ Puede pensarse en supuestos excepcionadísimos de fuerza mayor por colapso en los medios de transporte, vgr. problemas de desplazamientos aéreos en supuestos de detenidos en zonas insulares en concurrencia con circunstancias extraordinarias de orden meteorológico o de otra naturaleza.

Esa eventual previa presentación en el Juzgado de guardia del lugar de detención, plantea además la cuestión del momento de cómputo del plazo 72h que la ley prevé “desde la disposición judicial” y que si se considerase la definitiva ante el JCI, podría dar lugar a una interpretación aún más restrictiva de los derechos del detenido, dilatando injustificadamente incluso el lapso y amplio plazo legalmente previsto para la celebración de la audiencia. Por lo expuesto, y desde la necesaria óptica tutelar del derecho de defensa del reclamado, ha de entenderse que dicha posibilidad de auxilio judicial ha de ser interpretada de forma absolutamente excepcional y muy restrictiva, solo complementaria y meramente auxiliar de la actuación de la autoridad competente (conectada en su caso por videoconferencia), solo en supuestos de imposibilidad palmaria de traslado del detenido a Madrid y preservando en la medida de lo posible el respeto a la inmediación judicial.⁵¹⁷ Por ello, la audiencia ha de ser sustanciada en todo caso por el JCI y el MF adscrito a la misma y debiendo ser aquel quien realice todas las funciones legalmente atribuidas en materia específica sobre la entrega y también en cuanto a la resolución de las medidas cautelares personales del detenido, sin intervención autónoma alguna del Juez exhortado que habrá de limitarse al mínimo auxilio requerido en cuanto al desarrollo de la videoconferencia y en su caso coadyuvando a la información previa de sus derechos al detenido y notificación ulterior de lo resuelto, ejecutando en su caso la medida (puesta en libertad o prisión provisional) resuelta por el JCI. Y, en todo caso corresponderá también a la función tuitiva de dicho Juez en funciones de guardia la plena garantía de la salvaguardia del derecho de defensa, en particular, derechos de información asistencia letrada e intérprete en sede judicial.

Es perfectamente asumible como se ha expuesto, la presentación en plazo legal del detenido ante el JCI por lo cual, tras la detención policial ha de obviarse (salvo que la misma haya sido provocada adicionalmente por otro delito que se esté investigando de forma independiente), el paso del detenido/reclamado por el Juzgado de guardia. (Bastaría la formal comunicación sobre el hecho y causas de la detención a efectos de que se autorice en su caso su traslado). Distinto es el caso de que fuera necesario

⁵¹⁷La audiencia prevista en casos de euroorden podrá practicarse por videoconferencia amparándose en el supuesto previsto por el art. 325 LECRIM, es decir, porque la comparecencia de la persona reclamada ante el JCI resulte gravosa o perjudicial (por la distancia o por condiciones de seguridad), especialmente con la finalidad de evitar un traslado innecesario. En estos casos, y tras la remisión del correspondiente exhorto o petición de cooperación jurisdiccional por parte del JCI, la persona reclamada se situará físicamente ante el Juzgado del lugar de la detención (en su propia sede o en el lugar más cercano que disponga de sistema de videoconferencia), procediéndose a la conexión con el Juzgado Central de Instrucción ante cuyo titular se celebrará la audiencia. Y, como afirma el art. 229.3.2.º LOPJ “el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”.

regularizar su situación por otro delito de que fuera competente el Juzgado de guardia del lugar de detención y se decretase prisión por el mismo, ya que estaríamos ante un supuesto de suspensión de entrega.

Pese a lo expuesto, la propia AN no ha querido vedar la posibilidad (bien que excepcional) de permitir una suerte de auxilio judicial de los Juzgados de Instrucción del lugar de detención en ciertos casos, eso sí tras recalcar la exclusividad y especialidad de su competencia en la materia. Y así pese a señalar que la competencia del JCI es una atribución competencial por razón de la materia, clara y terminante, y por ello ni puede, ni debe ser desarrollada por otros órganos, ni tan siquiera a título de auxilio judicial, añade luego que: “La única razón que pudiera explicar la utilización de la vía de auxilio jurisdiccional, sería una de tipo material, la imposibilidad de trasladar al detenido a la sede de la Audiencia Nacional, en los plazos establecidos legalmente siendo excepcionales los casos en los que estos plazos no puedan ser observados. Pero aun así, el que el reclamado deba ser oído por la autoridad de ejecución, no es incompatible con que ante excepcionales dificultades, que no incomodidades, lo pueda hacer a través del sistema de videoconferencia establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 325 u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la LOPJ”.⁵¹⁸

La imprecisión de tales argumentos es palmaria y permite constatar de nuevo la importante oportunidad perdida por el legislador nacional al acometer nuevamente la implementación de la normativa europea en esta materia. Ha vuelto a omitirse, (pese a conocer la problemática competencial suscitada) una eventual regulación explícita de

⁵¹⁸ Del análisis del Auto declarando la nulidad de la audiencia celebrada en el Juzgado de guardia (*vid.*, nota 511), llama poderosamente la atención que la Sala de la AN estime la nulidad precisamente por indefensión, por una suerte de vulneración del derecho de defensa del reclamado a la vista de la actuación del MF y su defensa que se negaron a cumplir su cometido legalmente previsto ante la alegación de incompetencia del órgano judicial ante que se celebraba la audiencia. Dos reflexiones se imponen, en este sorprendente Auto, de un lado que sea palmariamente contradictorio con la doctrina en materia de nulidad de actuaciones al estimar concurrencia de una causa de nulidad de la comparecencia que precisamente deriva de la acción, omisión o pasividad de quien lo invoca (en este caso el MF) y de otro lado, que descarte sin más la vulneración del derecho a Juez predeterminado por la ley, alegando eventuales razones de imposibilidad excepcional de puesta a disposición del órgano judicial competente que podrían permitir la práctica de esta comparecencia por exhorto, razones que no se molesta ni en analizar ni en precisar en el supuesto de autos. *A fortiori*, tras manifestar que la competencia de los JCI se concilia mal con una audiencia por exhorto, señala que existen “razones jurídicas que permiten excepcionar esta previsión y como consecuencia de ello, poderse desarrollar tal comparecencia ante otro Juzgado de Instrucción mediante exhorto”. Esas razones jurídicas no son siquiera explicitadas más allá de permitir una salida (peligrosa e indeterminada) a supuestos de orden práctico.

esa posibilidad de auxilio judicial que venía siendo reclamada por seguridad jurídica y hubiera sido deseable y sobre la que la Ley de reconocimiento mutuo guarda silencio.⁵¹⁹

Igualmente, en el sentido inverso de la ejecución de la euroorden, cuando se trata de autoridades judiciales españolas de emisión, se han constatado otras prácticas viciosas en nuestro entorno nacional que han de ser depuradas. Y así, se ha producido una sustitución indebida en cuanto a las mismas habiéndose creado, sin previsión legal que lo legitime, una suerte de trámite previo e intermedio a la entrega del requerido a la autoridad judicial de emisión en España⁵²⁰. Y en la práctica, el entregado que había sido reclamado por un Juez español es frecuentemente presentado primero en los Juzgados de guardia de Madrid lo que supone un trámite a todas luces innecesario,⁵²¹ dando lugar a una ociosa centralización que dilata la puesta a disposición directa de la persona objeto de entrega a la autoridad de emisión, única competente para resolver sobre su situación personal. Es censurable dicha práctica desde el punto de vista de la defensa y las garantías de libertad del entregado ya que no solo se demora su puesta a disposición judicial sino que se le somete a un diverso tratamiento procesal a resultas de los criterios de actuación frecuentemente divergentes entre Juzgados y por ello ha de ser depurada.⁵²²

⁵¹⁹ No ha de olvidarse que el TS rechazó inicialmente la posibilidad de acudir a la videoconferencia en cuanto al requisito de asistencia del acusado al juicio oral por entender que dicho medio no respeta íntegramente las garantías, (*vid.* también la STS (Sala de lo Penal) 275/2005, de 2 de marzo de 2005, (Recurso nº 701/2004), (ECLI: ES: TS: 2005:1299). Las principales objeciones venían del hecho de que habrían de intervenir activamente los mismos en ejercicio de su derecho de defensa (valorando pruebas que se desarrollan ante ellos) y en una necesaria comunicación directa con su letrado. En este caso, se plantea la cuestión de si el letrado del detenido/reclamado habría de estar presente en una u otra sede judicial. Por la excepcionalidad del caso y en virtud de la salvaguarda del derecho de defensa, parece lógico que se encuentre en la misma sede que el detenido para poder entrevistarse personal libre y reservadamente con el mismo. Pero ello plantea la duda de si debería pertenecer a un turno especial que avalase su posibilidad de asesoramiento específico en este tema, ajeno a las diligencias ordinarias de guardia.

⁵²⁰ Según el actual artículo 35, la autoridad competente en España para emitir y ejecutar una orden europea de detención y entrega será el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes. (Así, en sus respectivos ámbitos de instrucción o enjuiciamiento: Los Juzgados de Instrucción, Centrales de instrucción, Juzgados de lo Penal, Centrales de lo penal, JVSM, AN, AP y TSJ y TS en relación a personas aforadas). Existe la duda en el ámbito de la responsabilidad penal sobre menores aunque la doctrina mayoritaria considera posible dictarla si procediera una medida de internamiento en régimen cerrado. En cuanto a órganos de la jurisdicción militar, en la práctica parece estar abocada dicha posibilidad a un dudoso éxito (por mor del principio de doble incriminación y la diversidad de legislaciones militares).

⁵²¹ Al parecer obedece a razones meramente operativas de la policía encargada de dicha entrega OCN (Oficina Central Nacional), Interpol España.

⁵²² En Madrid en ocasiones el Juez de guardia prorroga la detención y ordena traslado inmediato del detenido o provisionalmente celebra una comparecencia de prisión exigiendo la remisión vía fax de la causa. (Ello no solo es costoso desde el punto de vista humano y material sino tardío e inoperante en tanto que a *posteriori* cualquier medida cautelar acordada por ese Juez de guardia de Madrid ha de ser luego revisada por el Juez competente –autoridad de emisión– a su subsiguiente recepción). De acuerdo con JIMÉNEZ-VILLAREJO, (*op.cit.*, nota 438), es obvio que la puesta a disposición en los Juzgados de Madrid a su llegada a Barajas no es preceptiva, bastando con una comunicación al respecto por parte de la policía interesando el mero *placet* del Juzgado de guardia para la salida del detenido de su partido judicial y subsiguiente traslado al Juez competente.

b) Euroorden, ¿Antesala de la prisión provisional del reclamado?

Igualmente, la Ley de reconocimiento mutuo ha perdido la oportunidad de zanjar de una vez por todas las dudas prácticas y doctrinales generadas por la anterior regulación nacional en cuanto a la regularización de la situación personal de la persona reclamada, siendo precisamente la adopción de las medidas cautelares personales durante el procedimiento de decisión sobre la entrega un tema clave en la tutela de su constitucional derecho a la libertad.

Y así, precisamente la nueva regulación (art. 53), como se ha señalado, viene a añadir aún más confusión a la situación preexistente permitiendo “literalmente” que se decrete prisión o libertad provisional tanto “En el curso de la audiencia o de la vista a que se refiere el artículo 51”. Como se ha expuesto, la interpretación propiamente garantista y podría añadirse *constitucional* de tal precepto, exigiría que se acuerden dichas medidas siempre en la audiencia o en una eventual vista inmediatamente posterior que no suponga dilación temporal indebida.

En cuanto al procedimiento a seguir para regularizar la situación del detenido reclamado, La Ley de reconocimiento mutuo, siguiendo la línea de la anterior LOEDE remite expresamente a las previsiones de la LECRIM con la precisión de que “El Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad de asegurar la ejecución de la orden europea de detención y entrega”.⁵²³

Merece una detenida reflexión (por estar intrínsecamente ligada a los derechos de libertad) la cuestión que se ha planteado sobre si la ODE supone una presunción legal (o incluso fáctica), a favor de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos por la legislación interna para acordar la medida cautelar de prisión provisional.

Ha de partirse del dato de que la euroorden es un título judicial europeo con misma fuerza obligatoria que una orden nacional de arresto, objeto de cumplimiento obligatorio en el Estado requerido sin que exista posibilidad inicial por el Juez de ejecución de valorar la pertinencia o no de la inicial detención, sin perjuicio que luego el

⁵²³Artículo 53: “Situación personal de la persona reclamada. 1. En el curso de la audiencia o de la vista a que se refiere el artículo 51, el Juez Central de Instrucción, oído en todo caso el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional o la libertad provisional, adoptando medidas cautelares que resulten necesarias y proporcionadas para asegurar la plena disponibilidad del reclamado, de conformidad con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Juez pueda sustituir esa medida por otra más o menos grave como prisión o libertad provisional mientras se adopta la decisión de entrega.⁵²⁴

Es por ello incoherente que en esta materia exista una remisión en bloque a las medidas cautelares reguladas en la LECRIM para los detenidos ordinarios. Difícil acomodo tiene la peculiar situación del detenido/reclamado por euroorden (y el conocimiento del asunto que le está permitido al JCI), con la regulación de aquella medida cautelar en nuestro ordenamiento. Las peculiaridades y especial finalidad de la medida cautelar en este caso merece una previsión específica. Tanto en la derogada LOEDE como en la actual Ley se menciona la lógica finalidad de “asegurar la ejecución de la orden europea,” lo que es difícil de casar con los supuestos previstos para los supuestos generales regulados en la LECRIM a los efectos de decretar la prisión provisional (art. 503), salvo que se verifique una lata interpretación del riesgo de fuga. Solo residualmente cabría estimar un riesgo de ocultación o destrucción de fuentes de prueba (art. 503.1.3 b) que exigiría en tal caso una previa y necesaria información adicional de la autoridad de emisión y en el mismo sentido, si se fundamentase en el peligro de reiteración delictiva (art. 503.2) o en la posibilidad de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, (art. 503.1.3 c), supuestos todos ellos de justificación improbable en el caso concreto.

Así pues, la aplicación de la normativa nacional en materia de prisión provisional frecuentemente exige una forzada interpretación *contra reo* y por tanto lesiva para sus garantías procesales, relajando en cierto modo las exigencias objetivas de la LECRIM (estricta y restrictivamente interpretadas por la doctrina jurisprudencial en la materia). Téngase en cuenta que la principal finalidad de la prisión provisional (la más gravosa medida cautelar para la libertad personal) corresponderá al *periculum libertatis* debiéndose valorar según las circunstancias conocidas del caso (vgr., si propiamente huyó del Estado de emisión, cuál es la naturaleza del hecho imputado, gravedad de la pena, eventual incomparecencia a otros llamamientos, antecedentes penales, reincidencia...) así como el *fumus commissi delicti* (arts. 503.1.1º y 2º LECRIM).⁵²⁵

⁵²⁴ El JCI no ha intervenido en absoluto en la investigación de ese delito ni tiene por tanto conocimiento previo de los eventuales indicios de criminalidad del detenido pero asume las competencias como órgano especializado en el ámbito nacional, y por ello, si recibe directamente una ODE desde una autoridad judicial de emisión debe dictar auto de detención si se cumplen los requisitos legalmente previstos, sin que le ampare discrecionalidad alguna para valorar la pertinencia o no de dicha medida. Si la orden hubiera sido transmitida desde la autoridad de emisión vía SIRENE, la detención se practicará directamente por la policía con la subsiguiente puesta a disposición ante el JCI.

⁵²⁵ Esta terminología es compartida por DE HOYOS y JIMENO BULNES (*op.cit.*, nota 474), en vez de la clásica de *periculum in mora* y *fumus boni iuris* del procedimiento civil.

Este último resulta de más ardua justificación si tenemos en cuenta que no estamos en este caso ante un proceso en que se discuta la culpabilidad del reclamado. Es dudoso aplicar el criterio punitivo explicitado en la LECRIM que como regla general exige un mínimo de dos años de prisión. Por ello, aunque la remisión legal en materia de prisión preventiva lo sea a la ley procesal española, no puede descartarse que haya de tenerse en cuenta la legislación material de Estado de emisión ya que el fin último de la entrega es la imposición o cumplimiento de pena en otro Estado. Todo ello sin perjuicio de los problemas que plantea la doble incriminación.⁵²⁶

Obviamente la resolución judicial sobre estas medidas cautelares exige el dictado de un auto motivado con todos los requisitos jurisprudencialmente exigidos (provisionalidad y excepcionalidad y la posibilidad efectiva de un posterior juicio sobre la proporcionalidad de la medida y su efectiva sujeción en el caso concreto a la finalidad legalmente prevista), todo ello a los efectos de permitir una completa revisión de la resolución mediante un Recurso de Apelación ante Sala de lo Penal de la AN. El mismo no sólo ha de seguir una tramitación preferente sino igualmente cumplir los plazos preceptuados legalmente para garantizar la necesaria celeridad en la tramitación de la orden.⁵²⁷ La euroorden no puede suponer en modo alguno una coartada para la lesión de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, (inherente al ejercicio de derecho de defensa, a los efectos de fundamentar la viabilidad del oportuno recurso), menos aún en esta materia tan sensible. Es obvio que la autoridad de ejecución recibe información sesgada (sucinta descripción de circunstancias de comisión del delito y grado de participación de la persona reclamada, amparadas por una suerte de presunción *iuris et de iure* de veracidad o al menos de estar sujetas a un mínimo rigor probatorio siquiera indiciario) que no está en condiciones de contrastar, con lo que se le priva significativamente de elementos de convicción para valorar y justificar la procedencia de adoptar una u otra medida cautelar, tanto en cuanto a su necesidad como a la proporcionalidad con las circunstancias del caso. En el mismo sentido, habrá presumiblemente de forzar en cierta medida la interpretación de los criterios teleológicos legalmente previstos para justificar su decisión final pero sin llegar a flexibilizar el rigor que preceptivamente ha de serle exigible en su resolución así como la debida motivación

⁵²⁶ La cuestión no es pacífica en la doctrina. ARANGÜENA en este sentido señala que si la pena es inferior a los parámetros españoles habrá de dictarse conforme a la legislación española, libertad provisional con o sin fianza (art. 529 LECRIM y ex art. 505) pero también contempla necesidad de contar con legislación de Estado de emisión (*op.cit.*, nota 509).

⁵²⁷ La nueva regulación mantiene los mismos plazos máximos para resolver sobre entrega (prorrogables por 30 días), es decir, 10 días para resolver desde la audiencia si hay consentimiento a la entrega y 60 días si no hubiera consentimiento a contar desde la detención. El JCI ha de resolver en un máximo de 10 días tras la vista y el resto del plazo (hasta el máximo de 60) se prevé para la tramitación de un eventual Recurso de Apelación.

de la misma, explicitando de forma completa y lógica el juicio subyacente que le ha llevado a adoptar una u otra decisión directamente concerniente al derecho de libertad.⁵²⁸

Adicionalmente ha de afrontarse una última cuestión en materia de adopción de medidas cautelares: la aparente “oficialidad” en cuanto a su adopción que la regulación legal parece permitir al JCI. Literalmente, la anterior LOEDE y la actual Ley de reconocimiento mutuo en el mismo sentido, decretan la adopción de una decisión judicial “oído el MF” sin explicitar que sea preceptiva su petición previa. Criticado por la doctrina por implicar una franca contradicción con el artículo 504 LECRIM en materia de prisión provisional (que requiere petición expresa de parte acusadora ante la autoridad judicial) y de difícil acomodo en nuestro actual sistema acusatorio, quizá sea más adecuado efectuar una interpretación integradora del precepto en términos razonables de lógica jurídica y de conformidad con toda la institución de la prisión provisional y medidas cautelares personales de nuestro ordenamiento, no atender a la aparente libertad que parece ofrecer la literalidad de la norma. Una vez más el legislador ha hecho oídos sordos a las críticas doctrinales, cuando podría haber aprovechado la nueva redacción para corregir eventuales equívocos simplemente exigiendo expresamente dicha petición en garantía del reo.

En términos de orden práctico, (y más garantistas de los derechos de defensa), resulta cuanto menos dudoso que contra la petición del MF (que informase a favor de la libertad provisional), el Juez acuerde de oficio la medida de prisión provisional. Frente a una eventual exégesis literal podría oponerse el argumento basado en criterios de estricta jerarquía normativa, aduciendo que las Leyes de implementación tienen rango de Ley ordinaria frente a la Ley Orgánica que regula el instituto de la prisión provisional.

⁵²⁸Así lo desarrolla ALISTE SANTOS en su interesante artículo en que previene de los riesgos del “automatismo” de la regulación de la ODE, señalando la “especial fricción” entre euroorden y motivación de resoluciones judiciales. Motivación entendida como formación de la decisión judicial tanto en la justificación de la *quaestio facti* como de la *quaestio iuris*. “La motivación *coram partibus* supone la exteriorización a las partes de las razones que han llevado al Juez a la toma de decisión”. Señala que la Ley 3/2003 partía de una “confianza ciega” que reducía la motivación del auto a una mera dación de cuenta de los requisitos de aquella, convirtiéndose en mera subsunción de la situación de hecho en los presupuestos legalmente tasados más que en “motivación” *stricto sensu*. Pone de manifiesto que en la anterior regulación (Ley 4/1985 de 21 de marzo de Extradición pasiva) se preveía un examen atento por Juez de demanda de extradición del requirente expresando el hecho delictivo y lugar y fecha realización y de ese efectivo conocimiento previa audiencia se tomaba la decisión judicial, partiendo de una presunción *iuris tantum* mientras que en la euroorden existe un formulario sucinto en que se establece *presunción iuris et de iure* por ministerio de esta ley la participación del detenido, rompiendo toda posibilidad de valoración y conocimiento del pretendido hecho delictivo por Juez requerido. Concluye que “Ello tiene una clara consecuencia en la propia actuación que se espera o exige del Juez del Estado de ejecución que por imperativo legal no puede ahondar en la adecuación o no de la detención acordada por otro órgano judicial del Estado emisor pero que tiene la relevante tarea de confirmar o no dicha privación provisional de libertad, o someterla a condición mediante la adopción de las medidas cautelares de su estricta competencia”. (ALISTE SANTOS, T.J., *op.cit.*, nota 496, pp.313-327).

Parece razonable estimar que es precisa la petición del MF para acordar la prisión provisional y libertad con fianza y no para el resto de medidas. Aparte de la prisión, será posible la adopción de otras medidas de garantía, (hemos de entender conciliables con la libertad provisional como la retirada del pasaporte, obligación de comparecencia *apud acta*...) es decir, las previstas en LECRIM y en la Ley de Extradición Pasiva.⁵²⁹

Por lo expuesto, no ha de alcanzarse la errónea conclusión de que la regulación nacional consagre la prisión provisional como medida cautelar tipo a adoptar en los supuestos de euroorden o como regla general aplicable en la materia.⁵³⁰ Deberá mantenerse también en estos procedimientos, su excepcionalidad (más lógico aun cuando la ODE vaya destinada al enjuiciamiento ulterior en otro Estado- que puede obedecer a supuestos de menor relevancia o procedimientos penales en estado embrionario- y no a la ejecución de una pena ya impuesta, en que el riesgo de fuga será obviamente más elevado). Frente a dicha medida cautelar, existen diversas alternativas pudiendo decretarse la libertad provisional con o sin medidas adicionales. Y así, si se acuerda la libertad provisional (y obligación de comparecencia *apud acta* a tenor del artículo 530 LECRIM) se contemplan también otras medidas complementarias de garantía. Al igual que en la anterior regulación el actual artículo 53 permite el cese de la prisión provisional en cualquier momento, oído el MF, siendo también novedoso respecto a la regulación general de la LECRIM el hecho de que adicionalmente exija del Juez la adopción de medida cautelar alternativa, así como la audiencia preceptiva del MF.⁵³¹ En este caso claramente bastará una mera audiencia del MF sin ser precisa su petición expresa.

⁵²⁹ Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1985, pp.7842.-7845, (Ref. BOE-A-1985-4816). Si se considerase que existe una excepción del principio acusatorio en este caso, menos aún podría haberse admitido la tesis antes expuesta de eventuales competencias del Juez ordinario de guardia en la regularización de la situación personal, ya que en ningún caso podría éste acordar de oficio la prisión. En el mismo sentido, ha de tenerse en cuenta que el recurso contra las medidas cautelares adoptadas por aquel, necesariamente habría de ser sustanciado ante la correspondiente Audiencia Provincial con la consiguiente dilación, plenamente incongruente con la finalidad y plazos de este procedimiento y la expresa competencia legalmente prevista de la Sala de lo Penal de la AN.

⁵³⁰ Frente al inicial planteamiento de la LOEDE que venía a generalizar la prisión provisional, se acogió en su día el sentido contrario del informe del CGPJ que insistía en que precisamente el art. 12 DM no la exige con carácter general ni la contempla en sentido estricto. No puede obviarse el hecho de que estadísticamente, sin embargo en la mayoría de los casos y en la generalidad de los Estados miembros se acude a esta medida cautelar, en ocasiones con un examen provisional y superficial del tema e incluso automatizando o trivializando la motivación de la adopción de dicha medida con los riesgos inherentes que ello supone. En el mismo sentido aboga por la generalización de la medida de libertad provisional la LO de Cooperación con la CPI. (Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44062 – 44068, (Ref. BOE-A-2003-22715). La nueva Ley, una vez más guarda silencio sobre este asunto cuya relevancia desde la perspectiva que nos ocupa de los derechos fundamentales del imputado es indiscutible.

⁵³¹ No exigida en general en la LECRIM que permite el levantamiento de oficio incondicionado en cualquier momento.

En caso de revocar la prisión, la exigencia legal parece amparar necesariamente la adopción de medidas complementarias a la libertad provisional. Venía admitiendo la doctrina no sólo las expresamente previstas en LECRIM sino las de la LEP que *de facto* se venían imponiendo; vigilancia a domicilio, autorización necesaria del Juez para ausentarse un lugar o retirada del pasaporte. En cuanto a estas últimas ya gozan de expresa regulación legal.⁵³²

Algunas de tales medidas cautelares, al estar asimiladas a prisión atenuada habrán de ser objeto de cómputo en la pena final por su naturaleza privativa de libertad. Precisamente la expresa previsión en la euroorden del preceptivo descuento final del periodo de prisión cautelar padecido en tanto se sustancia la decisión de entrega, ha sido uno de los extremos más valorados por la doctrina desde el punto de vista de la salvaguarda de derechos del reclamado y en especial del derecho a la libertad.⁵³³ Se ha suscitado la cuestión de si las autoridades judiciales de emisión en sus respectivos ámbitos competenciales (bien instructores o de enjuiciamiento y ejecución de sus resoluciones) podrán junto a la ODE interesar además expresamente a la autoridad de ejecución la adopción de prisión provisional cuando determinadas circunstancias lo aconsejen. Ha de entenderse que dicha solicitud (como una suerte de auxilio judicial “facultativo” o recomendación) no cabe en los términos del art 15.3 DM que solo permitiría la explicitación de información complementaria que podría ser persuasiva o sugerente en tal sentido⁵³⁴ pero no como petición directa a la autoridad de ejecución, que ha de entenderse que mantiene plena discrecionalidad y libertad en cuanto a la regularización de la situación personal del detenido, de conformidad con su ordenamiento nacional. Dicha posibilidad implicaría un paso más en el reconocimiento mutuo que exigiría mayores dosis de confianza entre los Estados miembros que las actualmente existentes.

Ha de concluirse del anterior análisis sobre la experiencia y actual regulación procesal de la euroorden, que en la situación actual subsiste un margen nada despreciable de discrecionalidad judicial en la actuación de la autoridad de ejecución que habrá de enfocar su actuación en la efectiva tutela y salvaguarda de los derechos de defensa de la libertad del reclamado. Precisamente ese margen residual de libertad

⁵³²La retirada del pasaporte expresamente regulada ya en LECRIM, cumpliendo el requisito de previsibilidad del artículo 530 y contando con una necesaria justificación, y también la vigilancia a domicilio como modalidad de prisión atenuada por analogía de art. 508 LECRIM así como la medida de internamiento terapéutico regulada como modalidad de prisión en art. 508 reconducible a prisión provisional atenuada.

⁵³³ Se fija el momento de entrega como aquel en que haya de remitirse la información sobre la duración de la privación de libertad durante la tramitación de la orden para el descuento del art. 26 DM. (en España a los efectos del “abono de prisión preventiva,” a tenor del art. 58 CP).

⁵³⁴ Vgr. poniendo de manifiesto que podría destruir pruebas o presionar a testigos en situación de libertad o que cuenta con extraordinarios medios personales para propiciar una fuga.

hermenéutica no puede amparar que los mismos sean vulnerados por una malentendida flexibilización o generalización de la prisión provisional u oficialización de la misma en estos supuestos específicos de cooperación judicial (so pretexto de una mal entendida confianza en las autoridades de otros Estados). Hubiera sido deseable una declaración expresa del legislador en estos casos pero en su defecto, la actuación judicial habrá de atenerse a los parámetros garantistas ya presentes en la letra y espíritu de la regulación expuesta, bien que depurando la praxis de errores y prejuicios sin fundamento. Todo ello con el fin último de borrar este instrumento legislativo de la “sospecha” de estar al mero servicio de finalidades represivas e imperativos de seguridad, manteniendo a pleno rendimiento la potencial eficacia que la necesaria perseguibilidad de los delitos y sus autores exigen a lo largo del ELSJ pero en coherencia siempre con las exigencias incontestables de las garantías procesales como eje y guía de actuación.⁵³⁵

⁵³⁵ En tal sentido ha sido paradigmática la actuación del TC amparando el derecho a la libertad del reclamado y descartando la doctrina jurisprudencial de la AN que venía autorizando (en defecto de regulación legal expresa) acordar una prisión provisional *diferida* para los reclamados que estuvieran en prisión por otra causa. Y así, la reciente STC de fecha 16 de diciembre de 2013 (STC (Sala 2ª) 210/2013, de 16 de diciembre de 2013, (Recurso de amparo 2501-2012), BOE núm. 15 de 17 de enero de 2014) otorgó amparo al recurrente, declarando vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) del mismo y para restablecerlo en la integridad de su derecho, anuló los Autos de 11 de enero de 2012 y de 12 de marzo de 2012 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por los que se acordaba la prisión provisional “con ejecución diferida” al momento en que el reclamado recobre la libertad en otro procedimiento penal simultáneamente dirigido contra él. De forma ejemplificadora despliega el TC toda su capacidad tuitiva de las garantías procesales frente a interpretaciones judiciales de la normativa relativa a la euroorden (precisamente lesivas de aquellos en ausencia de una regulación legal clara y completa en la materia) señalando que: “... acordar la prisión provisional y diferir su efectiva ejecución en función de lo que sobre la situación personal del demandante se decida en otro procedimiento, carece de cobertura legal, no existiendo precepto alguno, ni en la LOEDE ni en la Ley de enjuiciamiento criminal, que contemple este supuesto de hecho. En este sentido, el art. 21 LOEDE permite suspender la entrega del reclamado por la euroorden cuando existan responsabilidades pendientes en España, pero no recoge ninguna previsión sobre la incidencia que pueda tener dicha suspensión en el plazo de prisión provisional, razón por la que ha de estarse al plazo máximo de privación cautelar de libertad prevista en el art. 20 LOEDE desde el momento en que, en su caso, se adopte la medida de prisión provisional” (FJ 5º). Adicionalmente declara conculcada la exigencia constitucional de legalidad en toda privación de la libertad (art. 17.1 CE) y el consiguiente principio *favor libertatis*, reiterando que el derecho a la libertad puede verse conculcado no solo cuando se actúa contra lo que la ley dispone, sino también bajo una cobertura improcedente de la ley (cita las SSTC 127/1984, de 26 de diciembre; 128/1995, de 26 de julio; y 305/2000, de 11 de diciembre). Igualmente considera esa “prisión provisional diferida” contraria al principio de excepcionalidad, que “... impone un criterio hermenéutico restrictivo, en el sentido más favorable a la libertad (*favor libertatis*), de las normas que la regulan” (SSTC 98/2002, de 29 de abril; y 95/2007, de 7 de mayo, (FJ 7º), supondría una “analogía *contra libertate* radicalmente enfrentada al derecho consagrado en el art. 17 CE” y un atentado contra el “el mandato de previsibilidad”, al mantener en suspensión y de modo indefinido la efectiva privación de libertad, haciéndola depender de circunstancias no controladas por el órgano judicial que acuerda la medida cautelar y, en definitiva, imprevisibles en el momento en que es acordada. (FJ 5º) En el mismo sentido se califica de medida, desproporcionada (STC 95/2007, de 7 de mayo), dada su imprevisibilidad y la objetiva indeterminación de su vigencia temporal, lo que condiciona la falta de ponderación actualizada de los presupuestos fácticos concurrentes en la persona del reclamado, puesto que la prisión diferida implica una ejecución automática y aplazada en el tiempo de la prisión provisional, con la consiguiente ausencia de un análisis sobre su legitimación realizado al momento en que se materializa la privación de libertad, que resulta incompatible con el art. 17 CE. Insiste en que “la ausencia de regulación legal sobre una medida privativa de libertad no puede ser colmada por los órganos judiciales, ni aun en el caso de que tal ausencia hubiera de calificarse como una laguna legislativa...que sin duda reclama la intervención del legislador” (STC 71/2000, de 13 de marzo). (FJ 5º). La nueva Ley de reconocimiento mutuo sin embargo no ha regulado nada al respecto aunque podría haberse hecho eco expreso del citado pronunciamiento que precisaba que “el eventual efecto suspensivo del proceso penal seguido ante la jurisdicción española sobre el procedimiento de euroorden podría razonablemente proyectarse asimismo sobre el objeto cautelar,

B. GARANTÍAS PROBATORIAS: LA PRUEBA PENAL EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, ¿POR FIN UNA PASAJERA VELOZ?

El tema de la prueba en el proceso penal una y otra vez atañe directamente a los derechos fundamentales, no sólo a aquellos de naturaleza procesal (o garantías) sino a la práctica totalidad de los derechos fundamentales “materiales” toda vez que la actividad probatoria tanto de obtención de aquellas como su posterior utilización en el acto del juicio oral ha de estar siempre presidida por una perspectiva tutelar de los mismos. Y es por ello casi imposible abordar el estudio de las llamadas “garantías probatorias” de forma autónoma y separada al derecho de defensa, la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva.⁵³⁶

Y ello es así en tanto que el imputado en una causa penal ha de tener derecho a la práctica de prueba en su descargo (también a proponerla a su instancia en relación con el principio de igualdad de armas y contradicción) e igualmente a que las pruebas que sean practicadas en el curso de las diligencias de investigación o sumariales lo sean con pleno respeto a sus derechos fundamentales, evitando toda lesión o vulneración de los mismos que no venga directa y proporcionalmente relacionada con la necesidad de su obtención. Será por tanto preceptiva una valoración previa sobre tales extremos, si fuera inevitable la injerencia con aquellos. La presunción de inocencia exige que la prueba que haya de ser practicada en el acto del juicio oral alcance el rango suficiente para ser considerada “de cargo” y por ende, con virtualidad para destruir dicha presunción, prueba deberá haber sido obtenida respetando todas aquellas garantías y derechos, excluyendo la llamada prueba ilícita y prohibida.⁵³⁷

difiriendo la decisión sobre la posible adopción de la medida cautelar a un momento posterior, a fin de asegurar la ejecución de la euroorden.(...) Pero en ningún caso puede adoptarse una medida de prisión diferida en el tiempo de forma indeterminada, puesto que no toma en consideración las circunstancias concurrentes en el momento en que se materializa la privación de libertad por dicha causa” (FJ 5º).

⁵³⁶ Desde el punto de vista dogmático, *vid* consideraciones en: DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal, Introducción*, Ramón Areces, 2001; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2005; PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la Prueba y Derecho Penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 3, Dykinson, Madrid, 1999.

⁵³⁷ El análisis pormenorizado de la apasionante cuestión de las pruebas prohibidas e ilícitas excede del objeto de esta tesis siendo aún cuestión primordialmente regulada a escala nacional. En todo caso ciertos aspectos procesales del tema que no deja de tener implicaciones europeas serán tratados en relación con la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva por su interrelación con ambos derechos.

Los textos legales en esta materia parecen efectivamente centrarse en el desarrollo de la prueba en el acto del juicio oral y en correlación a los antecitados derechos. De forma autónoma, solo se refiere a la prueba el CEDH (art. 6,3 d) regulando el derecho a proponer prueba como parte del derecho de defensa (“A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”). A su vez, la CE en su art. 24.2 CE, establece el derecho a un proceso... “con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. (Derecho a la prueba inseparable también del derecho a la tutela judicial efectiva).

Significativamente, la Carta al enumerar los derechos procesales bajo el epígrafe “Justicia” omite toda referencia expresa a la prueba o alguna suerte de “garantía probatoria” como derecho autónomo o complementario de aquellos.⁵³⁸

Por lo expuesto, siguiendo con la perspectiva adoptada en este estudio, centrada en la fase de instrucción penal y tratando de dilucidar el efecto novedoso de la evolución del ordenamiento jurídico de la UE en materia de garantías procesales en el curso de la práctica judicial española (y los nuevos desafíos que esta “europeización” de derechos fundamentales procesales puede conllevar), ha de significarse, en primer lugar, que no puede extenderse este análisis, en buena lógica, al tema de garantías probatorias propio de la fase de juicio oral (en que despliegan toda su eficacia las disposiciones y doctrina jurisprudencial en materia de admisibilidad de la prueba) sino al impacto que en la fase de investigación tendrá sobre la tutela de derechos fundamentales la libre circulación de la prueba penal pretendida largo tiempo por el ordenamiento jurídico europeo y que recientemente ha recibido un impulso definitivo con la aprobación de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI).⁵³⁹

⁵³⁸ En coherencia con la interrelación existente entre tales derechos en que se viene insistiendo, el fallido Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal de 28 de julio de 2011, dedicaba su artículo 12 a las llamadas “garantías probatorias”.

⁵³⁹ *Vid.* nota 148.

B1. “VIAJES CONCERTADOS, VIAJES APLAZADOS”: EL LENTO DESPLAZAMIENTO DE LA PRUEBA

El progresivo aumento de la criminalidad transfronteriza y los efectivos avances en materia de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en el seno de la UE han evidenciado que en esa “Europa sin fronteras” aumente exponencialmente el riesgo de propiciar un espacio de impunidad penal si las actividades investigadoras (tanto policiales como judiciales) de los delitos, no evolucionan a igual velocidad y con la misma eficacia. Sin embargo, en el ámbito de la obtención transnacional de pruebas, los primeros pasos realizados en el seno del tercer pilar (la cooperación judicial en la obtención de pruebas en procesos penales transfronterizos), no fueron sino torpes complementos de un ya por sí lento e inoperante sistema internacional convencional, tradicionalmente basado en el principio de asistencia mutua y consistente en múltiples y complejos instrumentos, en ocasiones de ardua diferenciación y articulación entre sí y que no siempre garantizaban la oportuna y eficaz incorporación de la prueba practicada en otro Estado miembro al proceso nacional de destino.

Es interesante el concepto del denominado “derecho a la prueba transnacional europea” como nueva disciplina que alude a una rama del derecho procesal que regula cuestiones transnacionales.⁵⁴⁰

Partiendo de un sistema asistencial preexistente en que de forma fragmentaria y asistemática convivía una pluralidad de instrumentos normativos, las instituciones europeas y los Estados miembros depositaron de nuevo su confianza en el principio de reconocimiento mutuo para conseguir articular la prueba de forma eficiente y con criterios de seguridad jurídica. En ese escenario europeo convergían instrumentos convencionales del Consejo de Europa y otros propios de la UE. Era un sistema no sólo confuso para los operadores jurídicos sino totalmente mediatizado por imperativos de riguroso respeto a la soberanía nacional y subordinado al principio de cooperación. Se dejaba amplia discrecionalidad a los Estados en cuanto a los plazos de ejecución y en su caso abierta la vía a la invocación de variados motivos de denegación de asistencia,

⁵⁴⁰ Vid. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Orden europea de investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?” en ARANGUENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 175-203.

frustrando a menudo el proceso nacional en que una prueba transnacional era requerida de forma esencial.

Se aprobaron Convenios de asistencia judicial, inicialmente en el seno del Consejo de Europa y posteriormente en la UE. Y así, en primer lugar, de un lado, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, (que todos los Estados de la UE han ratificado)⁵⁴¹ y su protocolo de 1978 y el de 2001 (estos no ratificados por todos). Consagraba como regla general la *lex loci* (*locus regit actum*) es decir, la cooperación prevista en virtud del citado instrumento se sujetaba al ordenamiento del estado requerido. Se incluían excepciones a favor de la *lex fori* (*forum regit actum*) para garantizar la validez de la prueba en el proceso al que había de incorporarse (ordenamiento del estado requirente).⁵⁴²

Fue completado aquel por el posterior Convenio, de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.⁵⁴³ Ya circunscrito al ámbito del Espacio Judicial Europeo, se aprobó luego el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000⁵⁴⁴ y su protocolo de 16 octubre de 2001 sobre obtención de documentos e información bancaria, ambos en vigor desde 2005.

En dicho Convenio del año 2000 seguía imperando como regla general la *lex loci* si bien contemplaba una excepción amplia a favor de la posible inclusión de la *lex fori* permitiendo la entrada de ésta mediante formalidades explicitadas en la solicitud por la autoridad requirente.⁵⁴⁵ A su vez, esta nueva regla contaba igualmente con numerosas excepciones.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ En España, Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, *BOE* núm. 223, de 17 de septiembre de 1982, pp. 25166 -25174, (Ref. *BOE-A-1982-23564*).

⁵⁴² Así lo establece el artículo 3 del Convenio que explicita que “si la parte requirente desea que los testigos o peritos declaren bajo juramento lo hará constar expresamente en la petición y la parte requerida cumplirá esta petición si no se opone a ello la Ley de su país”.

⁵⁴³ (Incorporado en un anexo del TUE en 1999). *Vid.* Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea Protocolo (nº 19) sobre el Acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea (DO C 326 de 26 de octubre de 2012, pp. 290/292).

⁵⁴⁴ Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. (DO C 197 de 12 de Julio de 2000 y *BOE* núm. 247 de 15 de Octubre de 2003).

⁵⁴⁵ Artículo 4: “El estado requerido observara las normas expresadas por el requirente salvo disposición en contrario del propio Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del derecho del Estado miembro requerido”.

⁵⁴⁶ Vgr. Las entregas vigiladas e investigaciones por agentes encubiertos se llevan a cabo conforme lo establecido por la *lex loci* e igualmente en la intervención de comunicaciones (ex. arts. 17 a 21 Convenio), se permite observar la legislación del estado requirente (*lex fori*) con la salvedad de que el requerido solo accederá a ello si el mismo hubiera podido adoptar tal medida en circunstancias similares. La lógica de

Buscando un mayor automatismo en la cooperación judicial, se impuso una segunda fase de aprobación de Decisiones Marco basadas en el principio del reconocimiento mutuo; en primer lugar la DM del Consejo 2003/577/JAI de 22 julio sobre la ejecución en la UE de las órdenes de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas y en segundo lugar la DM 2008/978/JAI de 18 de diciembre sobre orden europea de obtención de pruebas (exhorto europeo de obtención de pruebas) solo aplicable a las pruebas preexistentes⁵⁴⁷.

No puede sino concluirse que de la evolución del sistema de asistencia mutua hacia el reconocimiento mutuo resultó un régimen insatisfactorio, con una regulación fragmentaria adicional que fue claramente insuficiente para abarcar las necesidades de la cooperación judicial en materia de circulación probatoria. Se trataba de eliminar la intervención gubernativa propia del sistema de cooperación, para que el auxilio judicial internacional se integrase como un elemento más de derecho procesal, con una directa interrelación entre autoridades judiciales ajena a las interferencias diplomáticas o políticas. Dicha finalidad junto a la agilidad implícita en el principio de reconocimiento mutuo eran prometedoras *in abstracto* si bien el alcance efectivo de las concretas Decisiones Marco aprobadas fue demasiado limitado para un propósito tan ambicioso.⁵⁴⁸

De un lado, La DM 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 circunscribía su ámbito de aplicación a la preservación de pruebas que se hallaban ya en otro Estado miembro. La subsiguiente transmisión de la prueba entre los Estados miembros concernidos se regía por instrumentos de asistencia mutua o por la DM (DM 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. Por su parte este último instrumento, solo puede librarse para obtener pruebas preexistentes y directamente disponibles, (objetos, documentos o datos, nunca eventuales interrogatorios que pudieran practicarse o intentos de obtención de información en tiempo real como interceptación de comunicaciones o control de cuentas bancarias.

dicha restricción estriba en la fuerte injerencia que para los derechos fundamentales de los imputados tienen pruebas de esa naturaleza.

⁵⁴⁷ Vid. nota 13.

⁵⁴⁸ Coadyuvaban a su eficacia otros mecanismos como los Magistrados de Enlace, la Red Judicial Europea, IberRed o Eurojust. (Vid. ALONSO MOREDA, N., *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: magistrados de enlace, Red Judicial Europea y Eurojust*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010).

Igualmente excluía los análisis periciales o la toma de muestras de ADN, huellas o material biológico).⁵⁴⁹

Por ello resultó limitado su campo de actuación pese a ser positiva la acertada opción a favor de la expedición de un formulario estándar remitido directamente entre autoridades judiciales, superando el pretérito sistema de comisiones rogatorias y con fijación de plazos.⁵⁵⁰ En cuanto al régimen jurídico al que se sometía dicha obtención de prueba, la decisión exigía que las autoridades del Estado de expedición se asegurasen de que las pruebas podrían obtenerse de conformidad con su ordenamiento interno en un caso similar, así como de que las pruebas perseguidas eran necesarias y proporcionales para el procedimiento en cuestión, regulándose expresamente amplios motivos de denegación. Siguiendo con la idea de flexibilizar la regla general relativa a la *lex loci*⁵⁵¹ y para garantizar la admisibilidad de las pruebas obtenidas, las autoridades del Estado de ejecución habrían de respetar los trámites y procedimientos indicados explícitamente por las autoridades del Estado de expedición, siempre que no estuvieran en contradicción con los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución (art. 12, introduciendo la *lex fori* bien que matizando que “El presente artículo no dará origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas”).⁵⁵²

La combinación resultante de las normas procesales de ambos Estados implicados (*lex fori* y *loci*) ofrecía al final una suerte de opción por un estándar máximo de garantías de uno u otro ordenamiento. La cláusula de respeto a los principios generales del derecho del Estado de ejecución cuando se accediera a seguir los procedimientos y tramites del Estado de emisión, salvaguardaba que aquel no quedase nunca obligado en virtud del principio de reconocimiento mutuo a ejecutar diligencias

⁵⁴⁹ El amplio régimen de exclusiones detallado en art. 4.2 puso de manifiesto como el texto final resultó mucho menos ambicioso que la inicial Propuesta.

⁵⁵⁰ Nuestro actual derecho procesal penal no regula de forma sistemática ni ordenada las solicitudes de auxilio internacional denominadas comisiones rogatorias, remitiéndose la LOPJ y la LECRIM a los Tratados y Convenios Internacionales y al principio de reciprocidad.

⁵⁵¹ A tenor del artículo 11.2 correspondía al Estado de ejecución elegir las medidas que con arreglo a su legislación garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en el exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia.

⁵⁵² Ha de señalarse que ambas Decisiones Marco mantenían en todo caso la regla general de *lex loci* como otros instrumentos aprobados en virtud del reconocimiento mutuo. (Así el artículo 5 de la DM de 22 julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas señala que “cuando sea necesario garantizar la validez de las pruebas admitidas y siempre que esas formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales de derecho en el Estado de ejecución, la autoridad judicial del Estado de ejecución también observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad competente del estado emisor a la hora de ejecutar la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de prueba”. En el mismo sentido, es regla general atender a las normas del Estado de ejecución según artículo 12 de la DM de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso y art. 9 DM de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (*vid.* nota 13).

que pudieran lesionar los derechos fundamentales tal y como eran tutelados en su propio ordenamiento.

Lo más relevante de este segundo instrumento fue precisamente su continuidad respecto de la ODE en cuanto a la creación de un título europeo único a través del cual, todas las autoridades judiciales competentes pudieran solicitar de forma homogénea el traslado de la prueba a las autoridades judiciales del Estado donde ésta se encontrare, modelo que ha seguido la posterior Directiva para la regulación de la OEI. Sin embargo aquella DM ya desde su propia aprobación nació marcada con el signo del fracaso, con la mayoría de la doctrina a favor de su ampliación y sustitución por un instrumento más completo y omnicomprendivo por el que ya abogaba el nuevo rumbo legislativo y competencial derivado de Lisboa.⁵⁵³

Y así surgió una nueva política legislativa a partir de la iniciativa del Libro Verde de la Comisión (de 11 de noviembre de 2009) sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad⁵⁵⁴ y se esbozaron sucesivas propuestas relativas a una OEI (Orden Europea de Investigación) que alcanzara el anhelado sistema integral en materia de práctica y traslado de pruebas limitando los motivos de no reconocimiento o exclusión de cooperación. El Libro Verde fijaba como objetivo el desarrollo de la cooperación judicial dentro del ELSJ europeo (bajo la estela del principio del reconocimiento mutuo), en su lucha contra la delincuencia transfronteriza buscando la superación de los problemas dimanantes de la situación de divergencia entre sistemas judiciales de los Estados miembros y ausencia de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales⁵⁵⁵.

La Comisión preveía entre otras medidas el establecimiento de un sistema completo de obtención de pruebas en los asuntos transnacionales fundado en la necesidad de “un nuevo y único instrumento” que sustituyera a todos los instrumentos jurídicos existentes en este ámbito. Este instrumento, reconocido automáticamente y aplicable en toda la Unión, “favorecería una cooperación flexible y rápida entre los

⁵⁵³ No resulta sino absurda y estéril la reciente transposición en España de ambas Decisiones Marco junto a otros instrumentos propios del reconocimiento mutuo mediante la citada Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Esta Ley expresamente implementa (junto a otras muchas) ambas normas ignorando que meses antes ya había visto la luz la Directiva que sustituye sus disposiciones por un nuevo régimen. Este contrasentido, una vez más dice muy poco del rigor que debería ser exigido al legislador español, obligado a prever las continuas innovaciones en el derecho de la UE en vez de continuar ciegamente con la aprobación de proyectos pretéritos largamente diferidos en el tiempo.

⁵⁵⁴ Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad (11 de noviembre de 2009), (/ * COM/2009/0624 final * /).

⁵⁵⁵ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, (10 de junio de 2009), (/ * COM/2009/0262 final * /).

Estados miembros”. Además de fijar plazos de ejecución y limitar al máximo los motivos de denegación, podría incluir normas sobre la prueba electrónica y un sistema europeo que aprovechara las oportunidades ofrecidas por la videoconferencia. También apuntaba a la posibilidad de establecer unos principios mínimos para facilitar la admisibilidad mutua de las pruebas entre Estados miembros, incluidas las pruebas científicas. Expresamente debería ser abarcada la producción de nueva prueba no preexistente (vgr. declaraciones de sospechosos o testigos, así como la información obtenida en tiempo real, como, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones o el control de las cuentas bancarias) y también aquellas pruebas que, a pesar de existir, exigieran ulteriores investigaciones o exámenes, como los análisis de objetos o datos existentes o la obtención de material biológico (muestras de ADN o huellas dactilares). De alcanzarse ese objetivo, supondría una novedad casi revolucionaria en materia de cooperación penal.

B2. HACIA UN “BILLETE ÚNICO”: La Orden Europea de Investigación en materia penal y sus implicaciones en la tutela judicial de derechos fundamentales

a) La Directiva: luces, sombras y algunas propuestas

Finalmente, tras varias propuestas de distinto tenor y múltiples desencuentros nacionales se impuso aquella idea de configurar un instrumento único para la obtención y circulación de prueba transnacional en el Espacio Judicial Europeo, una suerte de exhorto europeo polivalente para todo tipo de prueba penal, que a modo de “billete único” permitiera esa libre circulación de pruebas, profundizando así en la cooperación judicial penal.

El nuevo marco surgido del Tratado de Lisboa lo hizo expresamente posible (en virtud del artículo 82, apartado 1 del TFUE) dando lugar a la aprobación el 3 de abril de 2014 de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (en ella participa Reino Unido, no así Irlanda ni Dinamarca). La norma cumple sus principales objetivos, en primer lugar

superar el régimen fragmentario preexistente con un nuevo “planteamiento basado en el principio de reconocimiento mutuo pero que tenga también en cuenta la flexibilidad del sistema tradicional de asistencia judicial” (considerando 6). Sin embargo, el resultado ha puesto en evidencia la fragilidad del principio de confianza mutua y la necesidad por tanto de equilibrar una vez más ese principio de reconocimiento mutuo no sólo con otros principios tradicionales como el de asistencia, sino también dejando una puerta abierta a una futura y al menos parcial armonización/aproximación legislativa para alcanzar la plena operatividad de la norma.

Efectivamente, el sistema mixto resultante cubre en la medida de lo posible todos los tipos de pruebas y sustituye los instrumentos preexistentes, (incluida la Decisión Marco 2008/978/JAI), contiene plazos para su aplicación y regula detalladamente los argumentos para la denegación. Y haciéndose eco de las principales críticas doctrinales surgidas durante la discusión de las sucesivas propuestas,⁵⁵⁶ se somete al cumplimiento del requisito de proporcionalidad y necesidad tanto la emisión de una OEI como el procedimiento de validación. Igualmente, al haberse alertado de los riesgos propios del *forum shopping* y derivados del tratamiento de datos personales y su necesaria protección con ocasión de la información manejada en relación a la OEI, la Directiva (para evitar eventuales usos torticeros de este instrumento)⁵⁵⁷ mantiene la exigencia de que la autoridad de emisión certifique en el propio formulario de solicitud (anexo A de la Directiva) “ que la emisión de la presente OEI es necesaria y proporcionada a efectos de los procedimientos que en él se especifican teniendo en cuenta los derechos del investigado o acusado y que las medidas de investigación solicitadas podrían haberse ordenado en las mismas condiciones en un caso interno similar” (recogido en el art. 6). En el mismo sentido, se explicitaba el respeto a “la confidencialidad de la investigación y el traslado de la prueba obtenida como resultado de la ejecución de la OEI”.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Desde que se presentó el primer texto de propuesta de Directiva de una OEI en el año 2010, ha tenido lugar un arduo debate con el objetivo de llegar a un acuerdo acerca de la configuración de este instrumento. Al texto inicial le sucedió la propuesta de junio de 2011 y un nuevo texto fue acordado con fecha de 21 de diciembre de 2011.

⁵⁵⁷ Vgr. que fuera emitida para burlar las limitaciones de la instrucción nacional derivadas de exigencias de su ordenamiento doméstico eventualmente más garantista que aquel en que se encuentre alguna prueba de interés o que se archivase los datos resultantes de ese intercambio de información para fines de seguridad nacional.

⁵⁵⁸ Tras dedicar el artículo 19 de la Directiva a la regulación de la confidencialidad, el artículo 20 señala, en cuanto a la protección de datos personales, que “Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros velarán por que los datos personales estén protegidos y solo puedan tratarse de acuerdo con la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo y con arreglo a los principios del Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional. El acceso a dichos datos estará limitado, sin perjuicio de los derechos del interesado. Solo podrán acceder a dichos datos las personas autorizadas”. Para profundizar en el tema son muy interesantes las reflexiones en materia de protección de datos en SOLAR CALVO, P., “Del tercer pilar al área JAI: Nuevo bloque normativo en protección de datos”, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, nº 8-9, 2012, (pp. 49-66) y RALLO LOMBARTE, A., “Hacia un nuevo sistema europeo de

También las autoridades de ejecución habrán de realizar ese juicio de proporcionalidad con carácter previo a adoptar en su caso eventuales resoluciones de sustitución o denegación de la ejecución de la prueba.

El cuanto a la legitimidad del instrumento elegido, no cabe sino señalar el acierto de poder contar por fin, con una Directiva que sin duda ha de impulsar un libre tránsito probatorio en el ELSJ, tan necesario para la persecución no sólo del crimen transnacional sino también de determinados delitos domésticos que pudieran obtener una cierta impunidad amparándose o incluso buscando *ex professo* la conexión con Estados europeos cuyos ordenamientos por un motivo u otro dificultasen la transmisión de pruebas y cooperación judicial. Era preciso allanar el camino y tratar de vencer en lo posible los efectos negativos de la diversidad normativa y jurisprudencial en la materia, muy especialmente en materia de pruebas sensibles de interferir en los derechos fundamentales de sospechosos o imputados, clave de bóveda de la cuestión.

Desde una perspectiva formal, parecía lógico integrar toda la prueba bajo un sistema unificado y de fácil acceso e interpretación para el operador jurídico hasta entonces perdido en un farragoso conjunto asistemático de instrumentos jurídicos, Tratados, Convenios y DM. El sistema consagrado en la Directiva supera esa etapa creando *ex novo* un único instrumento denominado Orden Europea de Investigación con vistas a obtención de pruebas que en un ámbito horizontal, solo excepcionará los equipos conjuntos de investigación y la obtención de pruebas en estos, (en buena lógica al requerir normas específicas). Tampoco se aplica la Directiva a la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

Igualmente ampara esta norma la práctica de una medida de investigación en cualquiera de las fases del procedimiento penal, incluida la de la vista oral.⁵⁵⁹

A ese régimen único para la obtención de pruebas se adiciona la inclusión de normas especiales para determinados tipos de medidas de investigación, que deberán indicarse en la OEI, como el traslado temporal de detenidos, las comparecencias por teléfono o videoconferencia, la obtención de información relacionada con cuentas o transacciones bancarias, las entregas vigiladas o las investigaciones encubiertas. Las

protección de datos: las claves de la reforma” *Revista Aranzadi de Unión Europea*, nº 8-9, 2012, (pp. 15-56).

⁵⁵⁹ Puede incluir el traslado temporal de la persona en cuestión al Estado de emisión, o para la realización de una comparecencia por videoconferencia. Cuando haya de trasladarse a la persona a otro Estado miembro a efectos de su enjuiciamiento, con inclusión de su puesta a disposición de un órgano jurisdiccional para ser sometida a juicio, deberá emitirse una orden de detención europea de conformidad con la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo (considerando 25).

medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua o durante un determinado período de tiempo deben estar cubiertas por la OEI, pero cuando sea necesario los Estados de emisión y de ejecución deben poder acordar entre sí disposiciones prácticas, a fin de dar cabida a las diferencias existentes entre sus Derechos internos.

Ha de valorarse de forma positiva que pese a dar cabida a esas especificaciones se haya impuesto el criterio inicial de dotar a la UE de un instrumento único y que prevalece sobre los Convenios existentes entre los Estados miembros vinculados por la Directiva y sobre las anteriores Decisiones Marco.⁵⁶⁰

Del mero examen de su regulación, resulta evidente la simplificación de la comunicación entre autoridades judiciales a los efectos de requerir y otorgar cooperación para la producción y transmisión de pruebas (tanto preexistentes como nuevas).⁵⁶¹ Los anexos dan fe de la fácil utilización de formularios homologados redactados con simplicidad expositiva y sin adicionales exigencias que exijan indagar o conocer efectivamente el ordenamiento jurídico del Estado al que se remite la orden. Su contenido es muy sucinto y no permite una detallada valoración por parte de la autoridad de ejecución de los motivos de fondo que hayan llevado a su emisión.⁵⁶²

En orden a su plena eficacia y para favorecer un cierto dinamismo la Directiva reitera hasta la saciedad el necesario recurso a las consultas mutuas y directas entre las autoridades intervinientes.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Nada más revelador de la necesidad de este instrumento que el hecho de que la propia Propuesta de Directiva fuera presentada incluso antes de comenzar la aplicación de la DM de 2008.

⁵⁶¹ Señala el artículo 1: “1. La orden europea de investigación (OEI) será una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro (“el Estado de emisión”) para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (“el Estado de ejecución”), con vistas a obtener pruebas con arreglo a la presente Directiva. También se podrá emitir una OEI para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución. 2. Los Estados miembros ejecutarán una OEI sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de conformidad con la presente Directiva.

⁵⁶² En el artículo 5 se describe el contenido y forma de la OEI que se emitirá utilizando el formulario establecido en el anexo A y deberá ir cumplimentada y firmada. Las informaciones que contiene deberán ser certificadas como exactas y correctas por la autoridad de emisión. La OEI deberá contener, en particular, la siguiente información: datos de la autoridad de emisión y, cuando proceda, de la autoridad validadora, el objeto y los motivos de la OEI; la información necesaria sobre la persona o personas afectadas; la descripción de la conducta delictiva que es objeto de la investigación o proceso y las disposiciones aplicables del Derecho Penal del Estado de emisión; la descripción de la medida o medidas de investigación que se solicitan y de las pruebas a obtener. (La autoridad del Estado de emisión traducirá la OEI a una lengua oficial del Estado de ejecución o a cualquier otra lengua indicada por éste. Su transmisión tendrá lugar por cualquier medio que deje constancia escrita pudiéndose utilizar el sistema de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea (RJE), como se establece en la Decisión 98/428/JAI del Consejo. Puede nombrarse una autoridad central pero las sucesivas comunicaciones entre autoridades se realizarán directamente. A su vez, el artículo 7 trata de fijar un sistema ágil de transmisión).

⁵⁶³ Vgr., se contemplan tales consultas entre autoridades en el artículo 6 (sobre si se han cumplido condiciones de emisión), el artículo 9 (en cuanto a colaboración en el desarrollo una prueba cuando la autoridad de ejecución tuviera razones para creer que no se han cumplido las condiciones de emisión de la

El régimen resultante no es sin embargo automático. Rebajado en el texto definitivo el régimen inicial de algunas propuestas, casi paradigmático como instrumento de reconocimiento mutuo puro, fue suavizándose y flexibilizándose hasta consagrar un régimen mixto con importante participación del anterior sistema asistencial y cooperativo. Y así, ha de subrayarse cómo inicialmente en fase de propuesta se trató de suprimir el principio de doble incriminación y *ne bis in idem* como motivos de denegación, lo que fue fuertemente contestado. Finalmente la regulación de los motivos de denegación ha sido más amplia de lo esperado en un ámbito europeo pretendidamente integrador, permitiendo el consenso de Estados inicialmente tan reacios como el RU. El margen facultativo ofrecido a las autoridades del Estado de ejecución para denegar la OEI o sustituirla por otra diligencia que se considere menos invasiva de derechos fundamentales de los sospechosos o más acorde con su ordenamiento jurídico es, no sólo extenso sino abierto a una cierta subjetividad y a diversos criterios hermenéuticos, lo que al fin y a la postre presumiblemente podrá comprometer su operatividad y la seguridad jurídica en el ámbito europeo.

Siguiendo la línea de anteriores instrumentos, también esta Directiva plasma el equilibrio entre la *lex loci y fori*. El régimen jurídico a que se someten las diligencias que han de desarrollarse en el Estado de ejecución seguirá la ley de éste si bien acomodándose a las formalidades y procedimientos del Estado de emisión siempre que no sean incompatibles con los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución. Igualmente se permite la intervención cooperativa de autoridades del Estado de emisión bajo ciertas condiciones.⁵⁶⁴

Ese difícil equilibrio entre los ordenamientos nacionales de las autoridades que cooperan e incluso en ocasiones la distinta naturaleza y funciones de las mismas en

OEI), e igualmente en el art. 11. 4 (al regular los motivos de denegación señala que “ En los casos indicados en el apartado 1, letras a), b), d), e) y f), antes de decidir la denegación total o parcial del reconocimiento o de la ejecución de una OEI, la autoridad del Estado de ejecución consultará a la autoridad del Estado de emisión por los cauces adecuados y, en su caso, le solicitará a la autoridad de emisión que facilite sin demora la información necesaria”).

⁵⁶⁴ Según el art. 9.2. “La autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la presente Directiva disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución (...) 4. La autoridad de emisión podrá pedir que una o varias autoridades del Estado de emisión asistan en la ejecución de la OEI para apoyar a las autoridades competentes del Estado de ejecución en la medida en que las autoridades del Estado de emisión designadas estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la OEI en un caso interno similar. La autoridad de ejecución accederá a dicha petición, siempre que esa asistencia no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución ni perjudique sus intereses de seguridad nacional esenciales. 5. Las autoridades del Estado de emisión presentes en el Estado de ejecución se someterán al Derecho del Estado de ejecución durante la ejecución de la OEI. No tendrán ninguna competencia coercitiva en el territorio del Estado de ejecución, a no ser que el ejercicio de dicha competencia en el territorio del Estado de ejecución sea conforme con el Derecho nacional del Estado de ejecución y en la medida acordada entre la autoridad de emisión y la de ejecución”.

uno y otro Estado miembro, introducen una dosis de incertidumbre con la que este nuevo instrumento ha de convivir. Y así, la propia Directiva como es lógico parte de esa diversidad entre los ordenamientos penales y procesales de los Estados miembros y así permite que no sólo sean las autoridades “judiciales” *stricto sensu* las competentes a efectos de la misma, sino igualmente otras como el Ministerio Fiscal o incluso da también cabida a las competencias reconocidas a autoridades policiales, si bien exigiendo entonces un plus de garantía de mediante la validación de su actividad.⁵⁶⁵ Realmente supone un elemento generador de desconfianza la inclusión (que fue necesaria para alcanzar un consenso), de este amplio concepto de “autoridades” y ha sido muy criticado que no se haya reservado en todo caso el concepto de autoridad a los miembros del poder judicial.⁵⁶⁶

En el mismo sentido, crea una cierta incertidumbre el ámbito procesal de aplicación de la Directiva más allá del seno de un proceso estrictamente penal. Y así el artículo 4 permite su emisión también en los procesos “incoados por autoridades administrativas por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal; y en los procedimientos incoados por autoridades judiciales por hechos tipificados en el Derecho interno del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante un órgano jurisdiccional competente, en particular, en materia penal, y también en los que se refieran a delitos o infracciones por los cuales una persona jurídica pueda ser considerada responsable o ser castigada en el Estado de emisión”.

Nótese también que la laxa redacción de motivos que admiten una eventual sustitución de la prueba interesada en la OEI y la denegación de la misma, (régimen resultante de la conjunción de los artículos 10 y 11) ofrecen a los Estados miembros una

⁵⁶⁵ El artículo 2.c) de la Directiva señala como “autoridad de emisión”: i) un Juez, órgano jurisdiccional, Juez de instrucción o fiscal competente en el asunto de que se trate, o ii) cualquier otra autoridad competente según la defina el Estado de emisión que, en el asunto específico de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas con arreglo al Derecho nacional”. (en estos casos exige ser validada, previo control de su conformidad con los requisitos para la emisión de una OEI en virtud de la presente Directiva, en particular las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, por un Juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal o un magistrado instructor del Estado de emisión”). Y d), como “autoridad de ejecución”: una autoridad que tenga competencia para reconocer una OEI y asegurar su ejecución de conformidad con la presente Directiva y los procedimientos aplicables en un caso interno similar. Dichos procedimientos pueden requerir una autorización judicial del Estado de ejecución cuando así se disponga en su legislación interna.

⁵⁶⁶ En nuestro ordenamiento nacional ha de estarse a expensas de la regulación procesal pendiente de aprobación que pese a conferir mayor protagonismo al MF en la instrucción de los delitos, posiblemente durante la instrucción reservará al Juez de garantías la emisión o validación (bien que a petición o propuesta de aquel) de la OEI.

firme salvaguardia de su autonomía nacional en el cumplimiento de la norma, lo cual evidencia la falta de madurez de aquellos para aceptar sin reservas un instrumento común europeo, teniendo aún muy presente el sustrato normativo nacional, tan dispar que sigue exigiendo un tratamiento judicial discriminado del régimen de obtención y transmisión probatoria.⁵⁶⁷

Y así, en el propio precepto dedicado al régimen de reconocimiento y ejecución, la Directiva señala que “La autoridad de ejecución deberá reconocer una OEI, transmitida de conformidad con la presente Directiva sin requerir otra formalidad, y se asegurará de que se ejecute de la misma manera y bajo las mismas circunstancias que si la medida de investigación de que se trate hubiera sido ordenada por una autoridad del Estado de ejecución, salvo que la autoridad de ejecución decida invocar alguno de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución de la OEI, o alguno de los motivos de aplazamiento contemplados en la presente Directiva” (art 9.1).

Uno de los principales escollos del anterior sistema en materia de cooperación judicial era precisamente la demora en el cumplimiento de las comisiones rogatorias. Esta Directiva trata de regular taxativamente los plazos de reconocimiento y ejecución de la OEI fijando límites temporales. La resolución de ésta se adoptará y la medida de investigación se llevará a cabo, con la misma celeridad y prioridad que en casos internos similares y, en cualquier caso, dentro de los límites temporales previstos en el artículo 12 que señala que la autoridad de ejecución adoptará la resolución de reconocimiento o ejecución de la OEI lo antes posible y, (sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5), “a más tardar 30 días después de la recepción de la OEI por la autoridad de ejecución competente”. Con carácter general, la medida de investigación se llevará a cabo “sin demora” y (sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5) “a más tardar 90 días después de la adopción de la resolución citada”. Se establece la posibilidad de que “la autoridad de emisión haya indicado en la OEI que, debido a los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes, se requiere un plazo más corto que el previsto en el presente artículo” (apartado 2), o también la autoridad de ejecución puede indicar en la OEI que la medida de investigación tiene que llevarse a

⁵⁶⁷ Sobre esos y otros extremos consultar las interesantes aportaciones críticas en BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal”, *Revista Española de Derecho Europeo* (REDE) nº 37, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, (pp. 71-93) y AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVI, nº 2145, agosto 2012. www.mjusticia.es/bmj (última consulta 12 de octubre de 2014). Igualmente lúcido el artículo de FERRIES, A., “The European Investigation Order: Stepping Forward with Care”, *New Journal of European Criminal Law*, 1-2010/04, pp. 425-432.

cabo en una fecha concreta, supuestos en que la autoridad de ejecución tomará debida cuenta en la medida de lo posible de este requisito.

Como excepción se establece que si en un caso concreto no fuera posible respetar esos plazos máximos de reconocimiento, la autoridad de ejecución deberá comunicárselo sin demora a la autoridad competente del Estado de emisión indicando el tiempo estimado que necesitará para adoptar una resolución sin que el plazo pueda prorrogarse más de 30 días.

Se contemplan también supuestos en los que es posible aplazar el reconocimiento o ejecución de la OEI, concretamente, cuando su ejecución puede perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento en que el Estado de ejecución lo considere razonable, o cuando los objetos, documentos o datos de que se trate estén siendo utilizados en otros procedimientos, en ese caso, hasta que ya no se requieran con ese fin.

En cuanto a las posibilidades de excepcionar el inmediato reconocimiento y ejecución de la medida requerida, el artículo 10 regula los supuestos en que la autoridad de ejecución podrá recurrir a medidas distintas de las previstas en la OEI cuando “a) la medida de investigación indicada en la OEI no existe en el Derecho nacional del Estado de ejecución, o b) la medida de investigación requerida en la OEI no existe en un caso interno similar. Si bien, a continuación (y “sin perjuicio del artículo 11”) se excluye dicha posibilidad en una serie de medidas de investigación, “que siempre tienen que existir en el Derecho nacional del Estado de ejecución: a) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución (siempre que, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI); b) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal; c) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución; d) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución; e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados”.

Por último, se añade la posibilidad de “recurrir a una medida de investigación distinta a la indicada en la OEI cuando la medida de investigación elegida por la autoridad de ejecución tenga el mismo resultado por medios menos invasores de la

intimidad que la medida de investigación indicada en la OEI” (art 10.3).⁵⁶⁸ Y siguiendo con esa finalidad de eficacia, se exige en tales casos una previa información a la autoridad de emisión “la cual podrá decidir retirar o completar la OEI” (art. 10.4).⁵⁶⁹

Dicho precepto viene a flexibilizar el aparente automatismo de la orden, como también el siguiente, artículo 11 en que se regulan muy ampliamente los motivos de no reconocimiento y no ejecución, permitiendo con ello una amplia excepción al reconocimiento mutuo.⁵⁷⁰

Y así, en la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución (art.11) ha prevalecido no solo la consagración de un régimen demasiado amplio sino también una falta de claridad legislativa que dificulta su comprensión y genera incertidumbre. Se establece que, sin perjuicio del respeto a los derechos y principios del artículo 6 TUE, el derecho de defensa y la obligación tutelar de los Jueces (“sin perjuicio del artículo 1, apartado 4”) se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una OEI en el Estado de ejecución en los supuestos tasados que enumera. Es relevante que junto a una lista taxativa se haya incluido también esa suerte de cláusula de salvaguarda a modo de “cajón de sastre,” que podría amparar una interpretación demasiado “soberanista” de las reglas probatorias de cada Estado miembro.

En primer lugar, se refiere al supuesto en que “exista una inmunidad o privilegio en el Derecho del Estado de ejecución que haga imposible ejecutar la OEI, o normas

⁵⁶⁸ Las medidas no invasivas podrían ser, por ejemplo, aquellas que no violan el derecho a la vida privada o el derecho a la propiedad, dependiendo del Derecho nacional de que se trate según señala el considerando 16. En cuanto al contenido del artículo 10.3, algunos autores han criticado que esa sustitución sea meramente facultativa y no preceptiva a tenor del principio de proporcionalidad (*vid.* BACHMAIER WINTER, L., *op.cit.*, nota 567).

⁵⁶⁹ Subsidiariamente y de forma un tanto redundante, el art.10.5 señala que “ Cuando, con arreglo al apartado 1, la medida de investigación indicada en la OEI no exista en el Derecho nacional del Estado de ejecución o no hubiera sido posible aplicarla en un caso interno similar y cuando no exista ninguna otra medida de investigación que tuviera el mismo resultado que la medida de investigación solicitada, la autoridad de ejecución notificará a la autoridad de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida”. En ese caso estaríamos ante un motivo de denegación (que se enumeran en el artículo siguiente) y no un supuesto de sustitución análogo a los regulados en este precepto que adolece por ello, de un cierto defecto de técnica legislativa.

⁵⁷⁰ Más aún si se acogen interpretaciones como la de BACHMAIER WINTER, que, (en sus comentarios a la Propuesta) argumentaba que podría denegarse la ejecución si pese a no existir norma que excluya la medida, la valoración del principio de proporcionalidad en el Estado de ejecución llevaría a rechazar la adopción de la medida pedida. (BACHMAIER WINTER L., “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 25, octubre 2011, (pp.1-23). Si bien es cierto es que la redacción (también en el texto definitivo) es ambigua, ha de considerarse que, de interpretarse de manera tan extensiva, se solaparía con algunos de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución al amparo del siguiente artículo. Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* PEDRAZ PEÑALVA E. y ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, nº17, pp.71-98 y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.

sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de la prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación que imposibiliten su ejecución” (art 11.1 a). Integrando dicho contenido con el considerando 20, en ausencia de una definición común de lo que constituye una inmunidad o un privilegio en el Derecho de la Unión, “corresponde al Derecho nacional establecer la definición exacta de esos términos, los cuales podrán incluir protecciones aplicables a las profesiones de médicos y abogados, pero no deberán interpretarse en un sentido que se oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación establecidos en el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. También podrán incluir, aunque no se consideren necesariamente como privilegio o inmunidad, normas relativas a la libertad de prensa y a la libertad de expresión de otros medios de comunicación”.⁵⁷¹

No se regula la oposición de ese el privilegio o inmunidad como definitivos ya que se señala que “cuando la retirada del privilegio o la inmunidad competa a una autoridad del Estado miembro de ejecución, la autoridad de ejecución le formulará la solicitud sin demora. Cuando la retirada del privilegio o de la inmunidad competa a una autoridad de otro Estado miembro o a una organización internacional, corresponderá a la autoridad de emisión solicitar a la autoridad de que se trate que ejerza competencia” (art 13.5). En cuanto a la segunda parte de ese precepto (sobre protección de la libertad de expresión e información), ya en fase de propuesta había suscitado críticas por la opacidad de esta referencia pudiendo referirse a protección de las fuentes de información o a una exigencia de doble incriminación en el caso de perseguirse delitos relacionados con el derecho a la libertad de expresión. Atendida la dicción del siguiente motivo (que se refiere expresamente a esas fuentes), parece más bien referirse al segundo caso, de nuevo con un uso terminológico deficiente.⁵⁷²

En segundo lugar se preceptúa el supuesto de que “la ejecución de la OEI pudiera lesionar, en un caso concreto, intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia” (extremo b). Este motivo tradicionalmente se incluía en el régimen de asistencia mutua de forma mucho más amplia normalmente como cláusula de orden público y atendiendo a la excepción de “soberanía”. (De haber sido incluidas, prácticamente habrían neutralizado el efecto

⁵⁷¹ Parte de la doctrina alemana, incluye dentro de la consideración de privilegio los supuestos de derecho a no declarar como testigo, así como la relación privilegiada entre abogado y cliente.

⁵⁷² Sobre el tema, GASCÓN INCHAUSTI, F, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 97-106 y pp. 415 y ss.

del reconocimiento mutuo). En todo caso ha de ser cauta y restrictiva la alegación de este motivo que si bien afecta al “núcleo duro” de la soberanía nacional no podrá ser utilizado en perjuicio de la cooperación internacional si no lo hubiera sido en un asunto nacional.⁵⁷³

Se regula un motivo específico para cuando una OEI haya sido emitida en el seno de un procedimiento no penal en sentido estricto.⁵⁷⁴ En este caso, (a diferencia de los anteriores) la norma no exige consulta previa a la denegación. Nótese que este motivo de denegación es además coincidente con uno de los supuestos de posible sustitución de la medida del artículo anterior. Se ha perdido la oportunidad en la redacción final de la Directiva de perfilar en este caso su efectivo alcance y evitar el solapamiento de normas sobre las que la doctrina ya se había manifestado críticamente.⁵⁷⁵

Otro motivo de denegación podrá ser el supuesto de que la ejecución de la OEI fuera contraria al principio de *ne bis in idem* (extremo d). Como principio fundamental del Derecho de la Unión y reconocido en la propia Carta, su no inclusión en los primeros proyectos causó una suerte de escándalo doctrinal por entender que era una garantía procesal esencial a respetar con especial rigor en esta materia probatoria.⁵⁷⁶

En el siguiente epígrafe se contempla la cláusula de extraterritorialidad o excepción de jurisdicción (extremo e) que concurre cuando “la OEI se refiera a un delito que presuntamente ha sido cometido fuera del territorio del Estado de emisión y total o parcialmente en el territorio del Estado de ejecución, y la conducta en relación con la cual se emite la OEI no sea constitutiva de delito en el Estado de ejecución”. También

⁵⁷³ En este punto se aplica también lo dispuesto en el artículo 10.2 sobre la consulta previa con la autoridad emisora antes de decidir sobre la denegación del reconocimiento y ejecución de la orden. Es muy interesante el tratamiento de la cuestión en VERVAELE, J., “Secreto de Estado” y “privilegios probatorios” en los procesos de terrorismo en los Estados Unidos. ¿Control judicial de los arcana imperii?, en BACHMAIER, L. (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2012, pp.229-261.

⁵⁷⁴ Este extremo c) contempla “cuando la OEI haya sido emitida para los procedimientos contemplados en el artículo 4, letras b) y c) la medida de investigación no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar”. (Se aplicará vgr. a las infracciones administrativas del ordenamiento jurídico alemán en que la sanción puede ser revisada ante la jurisdicción penal o las *administrative offences* de otros ordenamientos en que solo el recurso frente a las mismas da lugar a un proceso penal).

⁵⁷⁵ Podría interpretarse a tenor de su literalidad que en este supuesto, (ya que no exige ni consulta) no ha de intentarse una previa sustitución por otra prueba, pudiendo ser rechazada la requerida de plano y relegando así estos procesos a un segundo plano de cooperación, de menor relevancia que los penales *stricto sensu* permitiendo mayor libertad a la autoridad de ejecución.

⁵⁷⁶ Las consideraciones sobre este motivo se desarrollarán con ocasión del análisis de dicha garantía. Baste señalar que el considerando 17 señala que: “Dado el carácter preliminar de los procedimientos subyacentes a la OEI, su ejecución no debe ser objeto de rechazo cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in idem*, o cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos”.

este motivo se excluyó inicialmente en fase de propuesta incluyéndose luego a resultas de las críticas constatadas (que han venido a evidenciar como el panorama probatorio europeo no estaba maduro para una recepción de un instrumento basado en el reconocimiento mutuo sin fisuras). En este caso, también antes de denegar la ejecución por tal motivo se establecía la consulta con la autoridad del Estado emisor.⁵⁷⁷

Y siguiendo la estela de la regulación de la ODE, los motivos recogidos en extremos g y h del precepto ponen de manifiesto las discrepancias entre los ordenamientos penales nacionales en el seno de la UE y la importancia que a la divergente tipificación de delitos otorgan las autoridades judiciales a la hora de actuar en el plano supranacional. Y así, se podrá denegar la ejecución de la OEI (extremo g) “cuando la conducta que dio origen a la emisión de la OEI no sea constitutiva de delito con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, y no esté recogida en las categorías de delitos que figuran en el anexo D, conforme a lo indicado por la autoridad de emisión en la OEI si en el Estado de emisión es punible con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años” . Se incluye pues, como motivo la ausencia de doble incriminación, si bien de forma limitada, excluyendo su invocación en relación con las ordenes relativas a delitos enumerados en la lista explicitada en la Directiva (anexo D, que enumera treinta y dos delitos) y si fueran punibles con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años en el Estado de emisión. Parece lógica la exclusión por ser las conductas más graves, si bien son precisamente las que no plantean problemas de falta de tipificación a nivel europeo. Ha de compartirse la crítica unánime a la exigencia penológica adicional incluida en el precepto, que no viene sino a complicar innecesariamente la regulación en la materia.

Siguiendo con el tema de la tipificación, ahora desde una perspectiva garantista impuesta por el Estado de ejecución, el extremo h) del referido precepto contempla el supuesto de que “el uso de la medida de investigación indicada en la OEI esté limitado, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la OEI” supuesto intrínsecamente relacionado con el requisito de la proporcionalidad ya citado.

⁵⁷⁷ Como señala JIMÉNEZ-VILLAREJO, “su inicial justificación vendría dada por el hecho de tratarse de una cláusula preventiva frente a veleidades extraterritoriales abusivas que carecería de virtualidad en el contexto de la libre circulación de las pruebas”, (*op.cit.*, nota 540) Ciertamente, señala el autor que el modo de resolver los problemas derivados de la extensión extraterritorial de la jurisdicción penal y los posibles conflictos de jurisdicción que puedan originarse, no es a través de la denegación de cooperación en la transmisión de pruebas, acertada conclusión que no puede sino compartirse.

Se añade que los motivos amparados en las letras g) y h) del apartado 1 (esa especie de requisito de doble tipicidad atenuada) no se aplican a las medidas de investigación a que se refiere el artículo 10, apartado 2 (las que siempre tienen que existir).⁵⁷⁸

Por último, no deja de ser redundante y definitivamente imprecisa la inclusión en el anterior elenco (además ni siquiera como cláusula de cierre, lo que al menos sistemáticamente hubiera sido más razonable) del extremo f) del referido precepto. El mismo reza: “cuando existan 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 ejecución de conformidad con el artículo 6 del TUE y de la Carta”. Se advierte cómo de un lado, la referencia es claramente reiterativa ya que dicha salvedad ya constaba al principio del precepto, revistiendo asimismo una vaguedad absoluta, hasta el punto de permitir *formalmente* amparar cualquier rechazo a la cooperación con la mera invocación de los derechos de la Carta, susceptibles de ser interpretados subjetivamente con mayor o menor amplitud por cada autoridad nacional. Es obvio que dicho precepto, bien que desafortunado, ha de ser reconducido a sus justos términos como mera cláusula de salvaguardia de los derechos fundamentales, tanto en su vertiente procesal como sustantiva en relación a toda la Directiva, como así lo explicita la misma en diversos preceptos y en sus propios considerandos pero no a modo de *cajón de sastre* que contenga una suerte de vía de escape para denegar la cooperación judicial en supuestos ajenos a los ya tan ampliamente descritos.

Por lo expuesto, cabe concluir que esta Directiva, si bien supone un nuevo espaldarazo al principio de reconocimiento mutuo como protagonista de la cooperación judicial en Europa hacia la progresiva creación de un ELSJ, igualmente pone de manifiesto sus carencias. Cuestionada por algunos su conveniencia y necesidad, ha de considerarse que el diseño resultante de la misma, (a expensas de conocer el resultado de su ulterior implementación y puesta en práctica) se revela bastante operativo y prometedor, al menos desde el punto de vista de la eficacia y agilidad probatoria en la lucha contra la criminalidad transfronteriza y sin duda es más completo que el régimen anterior.⁵⁷⁹ Al mismo tiempo, ha de reconocerse que este instrumento es pieza esencial

⁵⁷⁸ En el art. 11. 3. y siguiendo con la deficiente técnica legislativa que caracteriza a esta norma, se regula separadamente un supuesto aclaratorio de los motivos de exclusión, en relación a la doble tipicidad en materia tributaria que se solapa con lo anterior (“Cuando una OEI se refiera a delitos en materia de tasas o impuestos, aduanas o control de cambios, la autoridad de ejecución no podrá denegar el reconocimiento o la ejecución esgrimiendo que el Derecho del Estado de ejecución no impone el mismo tipo de tasa, impuesto o derechos, o no contiene el mismo tipo de normativa en materia fiscal, aduanera o cambiaria que el Derecho del Estado de emisión”).

⁵⁷⁹ Y ello aunque haya tenido que optarse finalmente por una versión menos ambiciosa que la inicialmente pretendida por la Comisión, resulta optimista que finalmente el RU se haya decantado por participar.

para la actuación de una futura Fiscalía Europea con competencias en todo el territorio de la Unión Europea.⁵⁸⁰

No puede negarse que la dispersión del régimen anterior complicaba innecesariamente el escenario probatorio europeo y disuadía en ocasiones de recurrir a comisiones rogatorias incluso en caso de diligencias objetivamente necesarias (a las que se buscaban alternativas nacionales). El panorama se ha simplificado extraordinariamente con la OEI como instrumento único y estandarizado, en un modelo que previsiblemente dotará de mayor dinamismo y seguridad jurídica las comunicaciones entre autoridades nacionales. La tramitación se ha agilizado canalizando prácticamente todas las peticiones de prueba en un instrumento único. Ese efecto codificador y su horizontalidad solo pueden merecer un juicio positivo. Y es loable que haya podido imponerse finalmente la tesis de excluir únicamente de su ámbito los equipos conjuntos y no otras diligencias en que ha bastado una regulación adicional específica.⁵⁸¹

Sin duda facilitará la labor judicial a menudo sobrecargada de trabajo y a la que podría desbordar un proceso de dimensión europea, superado el antiguo régimen que le obligaba a optar entre una pluralidad de instrumentos internacionales y europeos, (en el seno del Consejo de Europa y de la UE) que exigía la comprobación de si el Estado en cuestión ha suscrito un determinado Convenio y sus eventuales reservas al mismo, sin ofrecer garantías de su ejecución en plazo razonable.

La combinación del principio de reconocimiento mutuo y sistema asistencial (evidenciado en la amplia regulación de causas de denegación contenidas en el texto) ratifica cómo las discrepancias nacionales han exigido finalmente esa solución de

⁵⁸⁰ Precisamente, BACHMAIER en su comentario a la propuesta de Directiva, apoyándose en una visión restrictiva del principio de subsidiariedad y remitiéndose al informe elaborado por la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), señalaba que no hay evidencia empírica sobre los argumentos que se daban en la exposición de motivos de la propuesta en cuanto a la necesidad de superar una regulación fragmentaria y un ineficiente funcionamiento de los sistemas de asistencia legal mutua. Consideraba que los problemas en materia probatoria obedecían a demoras en la ejecución y barreras lingüísticas no imputables al sistema de asistencia mutua que podría ser corregido o mejorado y no necesariamente sustituido por instrumentos basados en el reconocimiento mutuo. Concluía que la opción de la Comisión había sido más política que práctica por la utilidad de la OEI de cara a futura implantación de Fiscalía Europea. (*op.cit.*, nota 570). Sobre la Agencia, interesantes reflexiones en: PI LLORENS, M., “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 11, nº 27, 2007, pp. 575-593.

⁵⁸¹ Sobre todo en materia de intervención de telecomunicaciones, que algunos Estados abogaban por dejar fuera y que es precisamente una diligencia que por la frenética actividad telefónica e informática actual ha asumido un protagonismo evidente en el marco cooperativo judicial europeo y en la lucha contra el crimen transfronterizo. *Vid.* CASANOVA MARTÍ, R., “Sitel: Una nueva realidad para intervenir las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 29, 2012 (pp. 172-189) y MAGRO SERVET, V., “La medida de intervención telefónica en el nuevo Código procesal penal y actuación del Juez de garantías y de la fiscalía”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 31, 2013, pp.199-213.

compromiso, ante las aún débiles bases de la confianza mutua, ofreciendo un sistema dotado de mayor flexibilidad que acentúa su operatividad. El amplio margen concedido a las autoridades nacionales en cuanto a la eventual sustitución, suspensión o denegación del reconocimiento y ejecución de las OEI no ha de ser juzgado *a priori* como vía de escape nacional al cumplimiento de la Directiva, bien al contrario, la regulación respetuosa de ésta hacia los distintos sistemas jurídicos y diferentes estándares de protección de derechos en cada Estado miembro dotará previsiblemente a éstos de un plus de confianza en la fiabilidad de este instrumento y favorecerá su utilización en sus justos términos.

El motivo por el que quizá en esta materia más que en otras es especialmente frágil ese necesario sustrato de confianza mutua, radica principalmente en las difícilmente reconciliables divergencias nacionales, discrepancias sustanciales en derecho procesal y constitucional interno que afectan no sólo a temas puramente adjetivos de la regulación de la prueba sino precisamente en relación a las formalidades y procedimientos exigidos en su práctica, susceptibles de lesionar no sólo las garantías estrictamente procesales de sospechosos e imputados sino también sus derechos fundamentales materiales o sustantivos. Nos encontramos ante un ámbito de cooperación judicial en que una autoridad estatal (a veces no estrictamente judicial) prácticamente delega en otra la práctica de la actividad probatoria que se encuentra bajo su estricto control y supervisión durante la instrucción penal (y alcanzando incluso la práctica de diligencias propias de la vista oral), generándose una interacción entre ordenamientos del estado emisor y ejecutor de la orden en ocasiones de gran complejidad.

Sin embargo, si una de las virtudes que se han predicado de la creación de este instrumento es precisamente la clarificación del panorama jurídico de la prueba transnacional frente a la situación preexistente, (fragmentaria y a menudo confusa en cuanto a las fuentes de derecho aplicables a cada caso), tratando de apuntalar la seguridad jurídica que exige un verdadero Espacio europeo de libre circulación de pruebas, el objetivo de eficacia del nuevo instrumento único se ha conseguido solo a medias. Y así, merece una positiva valoración la inclusión de los anexos a la norma, cuya claridad es meridiana, consistente en formularios-tipo que sin duda fomentarán la emisión de las OEI (venciendo toda suerte de pereza o incertidumbre judicial sobre cómo articular formalmente la petición de cooperación transnacional, al no exigir indagación sobre el derecho del Estado de ejecución y su eventual compatibilidad o no con el derecho procesal propio). Más problemas planteará la actividad exigida a la

autoridad de ejecución que en plazo perentorio habrá de analizar a su recepción el objeto del requerimiento y las concretas exigencias de la *lex fori* explicitadas en la orden y su propio ordenamiento a efectos de adoptar una resolución de reconocimiento y ejecución o de eventual sustitución o denegación de la diligencia requerida. En dicha actividad, el margen de discrecionalidad (a veces subjetividad) judicial es amplio, propiciado no sólo por una deficiente técnica legislativa (con reiteración en ocasiones desafortunada de los motivos de sustitución y denegación), sino también por las imprecisas referencias a la intangibilidad de los principios jurídicos del ordenamiento nacional o eventual lesión de derechos fundamentales, supuestos susceptibles de acoger muy diversas interpretaciones ofreciendo dispares soluciones, incluso por las distintas autoridades de un mismo Estado y en relación al mismo tipo de diligencia.

Cierto es que tal riesgo podría ser más teórico que real atendiendo a que los motivos de denegación de la ejecución de la OEI son en todo caso facultativos y podría conjurarse en último término a tenor de una futura legislación nacional responsable que, en la transposición de la Directiva, concretare en la medida de lo posible las exigencias irrenunciables de su ordenamiento propio en la materia. Igualmente habrá de presuponer que las autoridades en cada caso concreto se inclinarán por interpretaciones favorecedoras de la cooperación tan necesaria y largamente deseada.⁵⁸²

También *de lege ferenda* ha de abogarse por completar los dictados de la Directiva (en su implementación nacional) con “criterios de interpretación concretos” a la hora de valorar los motivos de denegación a la luz del derecho nacional, reforzando así no solo la necesaria seguridad jurídica, sino sobre todo el principio de igualdad que ha de regir en todo proceso penal entre coimputados, siendo intolerable que respecto de uno de ellos pueda admitirse sin problemas una prueba transnacional y frente a otro (en otro Tribunal de otro Estado o incluso del mismo) una interpretación más rigurosa por parte de la autoridad de ejecución impida su práctica, a su favor o en su contra, según los casos.

El nivel de protección que cada legislación doméstica despliega sobre sus derechos fundamentales es muy diverso. No ha de olvidarse que existe una cierta “soberbia jurídica” nacional, a tenor de la cual, cada uno de los distintos Estados

⁵⁸² Muchos autores al comentar el proceso de discusión de la norma, predicaban la virtud de haber introducido juicios de necesidad y proporcionalidad sobre la emisión de la OEI. (BACHMAIER, L., nota 570 y AGUILERA MORALES, M., *op.cit.*, nota 567). Desde una perspectiva teórica han de compartirse sus conclusiones, no sin alertar de los riesgos de que dicho “control” en realidad pueda suponer la total neutralización del principio de reconocimiento mutuo, amén de la dificultad de verificar dicha valoración de forma rigurosa con los exiguos datos que se hacen constar en el formulario de la OEI y sin tener una visión de conjunto de las restantes actividades instructoras que se estén llevando a cabo en el otro Estado.

miembros se considera más garantista que todos los demás y por ello, inflexible a someterse a los dictados de otra legislación que mantenga una diversa perspectiva de un eventual acto de injerencia, sus requisitos y condiciones de validez. Ello ha impedido el triunfo decidido del reconocimiento mutuo en esta materia y ha incrementado la *impedimenta* de la prueba en su viaje transnacional. Pese a ello, es ya innegable que la prueba en el proceso penal y muy especialmente en la fase instructora investigadora objeto de este estudio ha adquirido ya una suerte de “billete único “ con la consagración de la OEI, deviniendo claramente una pasajera más en el ELSJ y sin que pueda obviarse la dimensión europea de su práctica y la innata influencia de dicha “europeización” también en su posterior eficacia probatoria, el ejercicio del derecho de defensa y la presunción de inocencia, contribuyendo con un decidido paso adelante a una cierta (aún embrionaria), aproximación del derecho procesal nacional de los Estados miembros (y también de su tratamiento constitucional de los derechos fundamentales) incluso en ámbitos que hasta ahora han estado vedados a la influencia de las instituciones y ordenamiento de la UE.

b) ¿Los derechos fundamentales también viajan?

Como se viene insistiendo, la tutela de los derechos fundamentales es tema omnipresente en esta Directiva y el proclamado respeto de la misma a su salvaguardia es reiterado, tanto en sus considerandos como a lo largo de su articulado.⁵⁸³ No es baladí que se haya promulgado justo después de haberse aprobado ya tres Directivas en materia de garantías procesales de sospechosos o imputados. La doctrina más autorizada (y la propia Comisión) venía defendiendo firmemente la necesidad de armonizar o aproximar siquiera mínimamente la regulación de aquellas antes de acometer esta materia probatoria en el Espacio Judicial Europeo. Ello permite constatar una lenta pero progresiva formación, en sus primeros estadios, de un Derecho Procesal Penal europeo en materia de garantías procesales y de la existencia en el momento de la aprobación de esta Directiva creadora de la OEI, al menos de un *mínimo* sustrato común en materia de derechos fundamentales procesales que sobre el presupuesto del reconocimiento mutuo coadyuvará a la viabilidad y eficacia de este nuevo instrumento.⁵⁸⁴

⁵⁸³ Vgr. considerandos 18, 19 y 39 y arts. 1 y 11.

⁵⁸⁴ El considerando nº 15 de la Directiva expresamente señala que “la presente Directiva debe aplicarse teniendo en cuenta las Directivas 2010/64/UE , 2012/13/UE y 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas a derechos procesales en procedimientos criminales”.

En la línea de las anteriores Directivas se incluye una cláusula de salvaguardia, en cierto modo retórica si atendemos al actual valor jurídicamente vinculante de la Carta. Y así, el artículo 1.3 señala que “La presente Directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 del TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán incólumes”.

Su necesaria conexión con el derecho de defensa se plasma también en el resto de su texto, siendo obvio que uno de los riesgos principales asumidos por los procesos de corte transnacional en materia de libre circulación de pruebas es precisamente la alta probabilidad de vulneración del principio de igualdad de armas y la consiguiente merma del derecho a la tutela judicial efectiva. De otro lado, las iniciativas de cooperación judicial penal han sido tradicionalmente acusadas de estar presididas en mayor medida el valor seguridad (y la consiguiente finalidad de promover eficazmente la persecución de delitos) que por ofrecer amparo a los derechos de defensa y garantías procesales de sospechosos. Ambos extremos sin embargo pueden y deben conciliarse en justo equilibrio. Así lo señala la propia Directiva que explicita también el interés de las partes en la libre circulación de la prueba que no sólo ha de ser de naturaleza incriminatoria sino también potencialmente exculpativa. (art.1.3)⁵⁸⁵

La Directiva exige que la autoridad de emisión preste especial atención “a garantizar el pleno respeto de los derechos reconocidos en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” e insiste en que “La presunción de inocencia y los derechos de la defensa en los procesos penales, son una piedra angular de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal. Cualquier limitación de estos derechos mediante una medida de investigación ordenada de conformidad con la presente Directiva debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Carta con respecto a la necesidad, proporcionalidad y a los objetivos de interés general que debe buscar, o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás”. (considerando12). No se refiere expresamente (a diferencia de las otras Directivas estudiadas) al CEDH o al TEDH probablemente porque la jurisprudencia emanada de éste en su interpretación del Convenio no establece pautas

⁵⁸⁵ La emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional. (art. 1.3).

concretas sobre derecho de prueba *stricto sensu*, cuestión reservada a la legislación nacional.⁵⁸⁶

Es revelador que la Directiva explicita la condición de presunción *iuris tantum* del respeto por parte de los Estados miembros del Derecho de la Unión y, en particular, de los Derechos fundamentales como base de la confianza mutua en la que ha de basarse la realización del ELSJ en la UE. Regula una suerte de *válvula de escape* que interpretada en sentido amplio podría debilitar la potencialidad de este instrumento. Y así señala el legislador europeo que “si hubiere motivos sustanciales para creer que la ejecución de una medida de investigación indicada en la OEI vulneraría un derecho fundamental del interesado y que el Estado de ejecución ignoraría sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, la ejecución de la OEI debe denegarse”. (considerando 19). Sin embargo, parece obvio que ha de imponerse un criterio hermenéutico que en todo caso mantenga un estándar de tutela judicial propiamente europeo (derechos reconocidos en la Carta pero tal y como la misma los contempla, en su dimensión europea y como son interpretados por el TJ) y no estrictamente nacional o constitucional interno, tanto en cuanto a las garantías procesales a respetar en la obtención y transmisión de prueba transnacional, como en cuanto a los derechos fundamentales cuya injerencia exija en mayor o menor medida la práctica de determinadas pruebas.

En tal sentido, partiendo de la total divergencia normativa nacional sobre todo en relación a aquellas pruebas más invasivas de derechos (vgr. en relación a derecho de intimidad, propiedad, inviolabilidad del domicilio, comunicaciones...), tanto en cuanto a su procedimiento y requisitos de obtención como en cuanto a los límites de injerencia admisibles en cada caso concreto, no ha de bastar con la invocación por parte de una autoridad nacional del propio derecho como más exigente o garantista que otro para presuponer que la ejecución solicitada imponga una vulneración de derechos del TUE o la Carta. Habrá de atenderse a los motivos de denegación tasados en el articulado de la Directiva (de otra parte ya por sí suficientemente amplios pero facultativos) y a la interpretación dimanante del TJ, que presumiblemente se irá perfilando a medida que se implemente y utilice este instrumento y tenga dicho Tribunal ocasión de pronunciarse

⁵⁸⁶ Sin embargo el CEDH sí está presente en sus considerandos, (vgr, el 39) que insta el respeto de la Directiva a los derechos fundamentales y principios reconocidos por el artículo 6 del TUE y por la Carta, en particular su título VI, por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, como el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de aplicación). (Igualmente *vid.* referencia a la abundante jurisprudencia del TEDH relacionada con la prueba, desarrollada con ocasión del análisis de la presunción de inocencia).

no solo sobre esta materia sino también sobre el resto de derechos procesales objeto de reciente regulación a nivel europeo.

Es criticable que no se haya exigido en todo caso autorización judicial para llevar a cabo medidas que supongan una más grave restricción de los derechos fundamentales. Choca a algunos ordenamientos (como al nuestro) que pueda ser emitida una orden en tal sentido por el MF sin validación judicial (- que sí está prevista para otras autoridades como las policiales en los Estados en que tengan competencias en esa materia-). No sería motivo de denegación por un Estado que la OEI recibida haya sido emitida por un Fiscal por el hecho de que su ordenamiento patrio no le hubiera conferido competencia en caso similar para emitirla o cuando se exija adicionalmente en dicho Estado de ejecución autorización judicial para ese supuesto y no en el de emisión. Nótese que en caso contrario, quedaría vacía de contenido la previsión amplia que sobre autoridades competentes recoge la Directiva.

Por imperativo de seguridad jurídica las normas que desarrollen estos preceptos deberían ser taxativas al respecto. Y en el mismo sentido, si la legislación nacional va a amparar esa posibilidad de que autoridades “no judiciales” emitan o ejecuten la OEI en su Estado, sería muy clarificador explicitar en qué casos será necesaria una validación o autorización judicial.⁵⁸⁷

Podría entenderse que la Directiva atenúa el principio del reconocimiento mutuo precisamente con esa finalidad tuitiva sobre los derechos fundamentales afectados por la instrucción. Desde esa óptica resultaría un principio debilitado como motor de integración europea en cuanto que confirmaría la opinión doctrinal que lo identifica con una amenaza latente para la salvaguarda de garantías procesales (adaliid de imperativos de seguridad vs. libertad).

Quizá el error de ese planteamiento sea establecer que el fundamento del reconocimiento mutuo haya de ser una confianza ciega que para salvaguardar una eficaz persecución penal transfronteriza suponga cerrar ojos y oídos a vulneraciones de derechos y garantías fuera del espacio nacional, en vez de considerar que precisamente dicha confianza ha de residir en una fundada presunción (lógicamente *iuris tantum*) de

⁵⁸⁷ Si se desarrollase en el actual momento la Directiva en nuestro ordenamiento nacional, es evidente que solo la autoridad judicial tendría competencias a tal efecto pero muy distinto panorama podría presentarse de aprobarse previamente el proyecto actual de Código Procesal Penal que en casos muy limitados, atribuye competencias autónomas al MF en la instrucción bajo la supervisión de un Juez de Garantías. Sería lógico y deseable que el legislativo español agotara en lo posible el plazo máximo de transposición de la Directiva (22 de mayo de 2017) en previsión de tales y sustanciales cambios legislativos procesales para evitar posteriores revisiones.

rigor y corrección en la labor de las autoridades de los restantes Estados miembros, mayoritariamente de naturaleza judicial y en todo caso sujetos al doble vínculo de supervisión judicial europea, tanto del TEDH en materia de respeto a los derechos y libertades del Convenio como del TJ en interpretación de una Carta europea ya jurídicamente vinculante.⁵⁸⁸

Si no se asume una mentalidad propiamente *europea* también en cuanto a la injerencia de la actividad probatoria en el ámbito de los derechos fundamentales, será imposible hablar de una libre y eficaz circulación de pruebas en el ámbito del proceso penal de forma paralela y necesariamente proporcionada al resto de libertades de circulación en seno de la UE, ya que, so pretexto de tutelar derechos atrincherándose en la intangibilidad de estándares nacionales, sólo se conseguirá la perpetuación de espacios de impunidad muy peligrosos en una Europa en incesante movimiento y ante el aumento en número y complejidad de la delincuencia transfronteriza.

Esa perspectiva tuitiva de derechos fundamentales y en especial del derecho de defensa, está muy presente en la regulación de las vías de recurso existentes contra una OEI que la Directiva exige sean “como mínimo, iguales a las existentes en un caso nacional contra la medida de investigación de que se trate”. La regulación de los recursos (contenida en el artículo 14 y a que hacía referencia el considerando 22) incide en la necesidad de una completa y adecuada información a las partes sobre posibilidades y condiciones de ejercitarlos y otros extremos de su interés, por lo que se preceptúa que “en los casos en los que la parte interesada plantee objeciones contra la OEI en el Estado de ejecución aduciendo motivos de fondo en relación con la emisión de la OEI, es aconsejable que la información sobre esta impugnación se transmita a la autoridad de emisión y que se informe de ello a la parte interesada”. “Si ello no socava la *confidencialidad* de una investigación, (...) las autoridades de emisión y de ejecución tomarán, las medidas necesarias para velar por que se facilite información sobre las posibilidades, de conformidad con el Derecho nacional, de emprender las vías de recurso cuando estas sean aplicables y en tiempo oportuno para permitir su ejercicio

⁵⁸⁸ Sobre la función de los TC nacionales en la tutela de derechos fundamentales en el proceso de integración europea, (en relación con el anterior capítulo) *vid* el enfoque de la cuestión de: JAÉN VALLEJO, M., *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal : (las garantías del proceso penal)* Estudios Penales, Dykinson, Madrid, 2002; PERALTA, E. y ROLDÁN BARBERO, F.J., “Tribunal Constitucional español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n.º 10, n.º 23, 2006 (pp. 87-133); GAMBINO, S., “Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 18, 2012, (pp.55-94); PÉREZ TREMPES, P., “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 29, Civitas, 2009 (pp. 19-48).

efectivo. (art.14.3). Igualmente se prevé una información mutua entre autoridades sobre los recursos interpuestos contra la emisión, reconocimiento o ejecución de la OEI.

La equivalencia de las vías de recurso frente a las medidas de investigación objeto de la OEI respecto de las existentes en un caso interno similar (art 14.1), permite la impugnación de los motivos de fondo de su emisión bien que únicamente mediante un recurso interpuesto en aquel, sin perjuicio de las garantías de los derechos fundamentales en el Estado de ejecución. Los recursos no tienen como regla general efecto suspensivo “a menos que esté previsto en casos internos similares” (art. 14.6).

Las posibilidades efectivas de impugnación de las partes en ejercicio de su derecho de defensa es un problema acentuado en el ámbito de circulación transnacional de prueba ya que exige un dinamismo en la actividad de defensa muy difícil de llevar a cabo en la práctica por la necesidad de controlar muchas variables, (distintos idiomas, distintos ordenamientos procesales y materiales) así como en ocasiones la exigencia de acometer desplazamientos, gastos elevados y asumir demoras en la obtención de información puntual sobre la evolución de la prueba, que generalmente obstaculizan la intervención letrada en ella. Y ello, en tanto que la información es vital para una eficaz actividad impugnatoria y por ello los anexos de la Directiva (bien que sucintamente) recogen detalles relevantes que han de constar en los formularios destinados a la autoridad del Estado de ejecución pero que también la defensa de las partes podría utilizar para recurrir su pertinencia, (vgr., aprovechando eventuales discrepancias entre la motivación de la orden y otras resoluciones nacionales previas del Juez en el seno de sus diligencias de instrucción o eventuales puntos débiles o lagunas en la argumentación o los presupuestos fácticos explicitados en la misma). En el mismo sentido, alguno de los motivos expuestos por la autoridad de ejecución para la eventual denegación de la orden podría coadyuvar a la defensa del imputado en el Estado de emisión, al haber puesto de relevancia cierta indefensión del mismo o la vulneración de algunas de sus garantías.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Examinando el anexo A (sección G) se evidencia cómo es posible un cierto control por la autoridad de ejecución de la justificación de la orden. Dado que ha de cumplimentarse un resumen de hechos (motivos por los que se ha emitido la OEI, con resumen de hechos subyacentes, descripción de delitos imputados o investigados, fase de la investigación y “razones de todo factor de riesgo y demás información pertinente”, junto a naturaleza y tipificación jurídica del delito o delitos para los que se emite y norma legal o código aplicables. Adicionalmente se exigen otros datos concretos en el traslado detenidos (sección H1) (indicar si hay consentimiento o no y si ha de pedirse), en videoconferencias o conferencia telefónica u otros medios de transmisión audiovisual (sección H2) (motivos, autoridad que tomará la declaración...), en cuanto a medidas cautelares (sección H3) (sobre destino del objeto), información bancaria (sección H4), medidas de investigación que impliquen obtención de pruebas en tiempo real de manera continua y durante determinado periodo tiempo (motivos de pertinencia) (sección H5), investigaciones encubiertas (motivos de pertinencia), (sección H6) e intervención de telecomunicaciones (motivos, duración, datos técnicos).

En cuanto a los efectos de los recursos preceptúa la norma que “Toda impugnación que prospere contra el reconocimiento o la ejecución de una OEI será tenida en cuenta por el Estado de emisión con arreglo a su propio Derecho interno. Sin perjuicio de las normas procesales internas, 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 la OEI”.(art.14.7). Precisamente en este precepto asoma uno de los puntos débiles de la normativa europea en materia probatoria directamente relacionado con el tema que nos ocupa (y también con la presunción de inocencia) y que será tratado a continuación: La definitiva eficacia que haya de tener la prueba transnacional una vez retorna al Estado de emisión de la OEI.

c) El retorno de la prueba y ¿ahora, qué? La eficacia probatoria como asignatura pendiente

La Directiva efectivamente impulsa la realización de pruebas en el espacio europeo en Estados distintos de aquel en que se sigue la instrucción, agilizando y simplificando los trámites y plazos de solicitud, práctica y circulación de las diligencias de investigación de muy diversa naturaleza. Sin embargo, obviamente no regula (materia reservada hasta ahora a la legislación nacional) ni el procedimiento o requisitos para su obtención en supuestos sensibles de vulnerar derechos fundamentales de sospechosos o imputados (o incluso terceros) ni la eficacia intrínseca o virtualidad probatoria que cada una de ellas haya de tener una vez recepcionada por la autoridad de emisión de la OEI (ni el efecto de los recursos que hayan podido prosperar contra el reconocimiento o la ejecución de aquella). En tales casos, las enormes divergencias entre los ordenamientos nacionales (y las distintas interpretaciones de sus Tribunales constitucionales respectivos), ofrecen muy diferentes y a veces contradictorios resultados.

Ya se ha señalado cómo la Directiva establece plazos perentorios para la práctica de las pruebas objeto de una OEI y también regula el traslado de pruebas a los efectos de asegurar su incorporación definitiva en el proceso nacional de origen (en que se emitió aquella) de la forma más directa y eficaz posible.⁵⁹⁰ Excepcionalmente se

⁵⁹⁰ “El Estado de ejecución trasladará sin demora indebida al Estado de emisión las pruebas obtenidas como resultado de la ejecución de la OEI, o las pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución. Siempre que se solicite en la OEI y si es posible con arreglo al Derecho interno del Estado de ejecución, las pruebas se trasladarán inmediatamente a las autoridades competentes del Estado de emisión que participen en la ejecución de la OEI de conformidad con el artículo 9, apartado 4” (art. 13).

permite la suspensión del traslado de los elementos de prueba, a la espera de la decisión relativa a un recurso, (salvo si en la OEI se indican razones suficientes que justifiquen que es indispensable un traslado inmediato para el adecuado desarrollo de la investigación o para preservar los derechos individuales). Se suspenderá el traslado de pruebas si este pudiera causar un daño grave e irreversible a la persona interesada”.⁵⁹¹

La autoridad de ejecución ha de indicar si solicita que se devuelvan al Estado de ejecución tan pronto como deje de necesitarlas el Estado de emisión. También se prevé que si “los objetos, documentos o datos de que se trate son relevantes respecto de otros procedimientos, la autoridad de ejecución, (previa petición expresa y tras mantener consultas con la autoridad de emisión) pueda trasladar solo temporalmente las pruebas con la condición de que se devuelvan al Estado de ejecución. En el mismo sentido para garantizar la viabilidad de la orden, la Directiva impone como regla general los gastos al Estado de ejecución (de suerte que las autoridades del Estado de emisión no se vean *a priori* coartados o condicionados por motivos económicos en su solicitud, si realmente precisan esa cooperación transnacional).⁵⁹²

También ha de distinguirse entre la eficacia de una diligencia como prueba y la posible adopción de medidas cautelares, utilizando estas OEI. “La autoridad de emisión podrá emitirla con vistas a la adopción de cualquier medida de investigación destinada a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como pruebas” (art 32.1). Dicha autoridad indicará en la OEI si la prueba habrá de transferirse al Estado de emisión o conservarse en el Estado de ejecución. En tales casos se agilizan los plazos por la propia naturaleza de la medida. Y así la autoridad de éste “decidirá y comunicará la decisión sobre la medida cautelar lo antes posible y, siempre que sea viable dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la OEI” (art.32.2).

Podría extenderse indebidamente su objeto, produciendo así una eventual vulneración de derechos. La Directiva trata de las medidas cautelares encaminadas a la obtención de pruebas. Por ello, cualquier objeto, incluidos los activos financieros podrá someterse a medidas cautelares en el curso de un procedimiento penal, no solo con vistas a la obtención de pruebas sino también a su decomiso. Los propios considerandos señalan la dificultad del deslinde entre los dos objetivos de las medidas cautelares y el

⁵⁹¹ Incide de nuevo la Directiva en el necesario respeto a los derechos individuales.

⁵⁹² Solo si ese Estado considerase que los gastos son excepcionalmente elevados podrá consultar a la autoridad de emisión la posibilidad de repartir los costes y la forma de hacerlo, si no se llegase a un acuerdo en ese sentido, la autoridad de emisión podrá escoger entre retirar total o parcialmente la Orden o mantenerla y sufragar la parte de los costes que considere excepcionalmente elevada.

hecho de que el objetivo de la medida cautelar puede cambiar en el curso del procedimiento. Señala que para los trabajos futuros resulta esencial mantener una interrelación fluida entre los diversos instrumentos aplicables en este ámbito y establece que la valoración de si el objeto va a utilizarse como prueba y por consiguiente puede ser objeto de una OEI debe corresponder a la autoridad de emisión.⁵⁹³

De todo lo expuesto, ha de concluirse que esta Directiva es ajena a una eventual intención armonizadora /aproximadora relativa a la regulación de los requisitos para la práctica de la prueba y su eficacia. Así lo evidencia el hecho de que en las disposiciones especiales contenidas en capítulo IV y V que regulan disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación⁵⁹⁴no se fijan condiciones mínimas para su práctica ni presupuestos de validez o prohibiciones.⁵⁹⁵

Sin embargo como son diligencias con una cierta complejidad añadida se fijan normas específicas sobre algunos aspectos. Y así, se explicita cómo en la OEI relativa a información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras, información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras, medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo investigaciones encubiertas e intervención de telecomunicaciones,⁵⁹⁶la autoridad de emisión indicará las razones por las que estima que la medida de investigación indicada es pertinente para el procedimiento penal en cuestión. Con ello se favorecerá el control mediante la vía recursiva al disponer las partes de más información sobre la prueba requerida a los efectos, en su caso, de su impugnación.

⁵⁹³En tal sentido, ha de tenerse en cuenta la Directiva 2014/42/UE del PE 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, p. 39/50). La misma ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español en la última reforma del CP (mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176 (Ref. BOE-A-2015-3439). Esta Directiva señalaba en sus considerandos que “Las medidas de embargo se entienden sin perjuicio de que un bien específico pueda ser considerado como un elemento de prueba a lo largo del procedimiento, en la medida en que esté finalmente disponible para la ejecución efectiva de la resolución de decomiso”.

⁵⁹⁴ Traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación, comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, comparecencia por conferencia telefónica, información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras, información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras, medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo investigaciones encubiertas, (todas ellas en capítulo IV) e intervención de telecomunicaciones (capítulo V).

⁵⁹⁵Aspectos que serán tratados con ocasión del análisis de la dimensión europea de la presunción de inocencia en relación a la prueba de cargo.

⁵⁹⁶Arts. 26-30.

Adicionalmente, también en el caso de solicitarse el traslado temporal de detenidos a uno u otro estado o la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual⁵⁹⁷ se estipula una posible causa de denegación adicional consistente en ausencia de consentimiento del detenido o investigado.

De otro lado, la regulación específica prevista para comparecencia de testigos, peritos o investigados⁵⁹⁸ es paradigmática, evidenciando el difícil equilibrio entre la normativa concurrente de los Estados cuyas autoridades interactúan en la prueba. Precisamente con esa regulación detallada, el legislador europeo trata de prevenir en lo posible las distorsiones que puede resultar de las discrepancias entre ordenamientos jurídicos distintos que han podido intervenir durante la obtención o traslado de la prueba en mayor o menor medida y asegurar la eficacia de la prueba en su retorno al Estado de emisión.

Y así, como regla general sobre fuero aplicable en relación al objeto de esta Directiva se imponía la *lex loci* (del Estado de ejecución) bien que señalando que sus autoridades habrán de observar las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo disposición de la Directiva en contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos “no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución”. Dicha salvedad tan amplia junto a la vasta regulación de motivos de denegación facultativa de una OEI (y la genérica referencia a la salvaguardia de derechos fundamentales) casi con total seguridad impide que una autoridad del Estado de ejecución se vea constreñida a vulnerar su ordenamiento ya que sus principios jurídicos fundamentales son garantizados por la Directiva frente a cualquier exigencia cooperativa que pudiera tangencialmente lesionarlos. Los temores manifestados por algunos Estados en tal sentido deben haber quedado más que disipados.

De otro lado, incluso pese a haberse ejecutado la OEI sin vulneración alguna de derechos o garantías desde la perspectiva del Estado de ejecución, la prueba resultante podría no ser plenamente eficaz en el Estado de emisión o adolecer de alguna suerte de incorrección o vicio en su obtención que la convirtiesen en prueba prohibida o ilícita desde la óptica del ordenamiento de emisión en que se sigue la instrucción y el proceso a cuyo acervo probatorio se destina. También para paliar dicho riesgo, la Directiva ha

⁵⁹⁷ Arts. 22, 23 y 24.

⁵⁹⁸ Art. 24. Nótese que esta Directiva en coherencia con las tres anteriores utiliza la terminología de “sospechosos o acusados” como sujetos pasivos del proceso penal (abarcando sus distintas fases) pero también introduce la noción “investigado” coherente con la materia de investigación criminal ligada a la OEI (siendo propiamente su objeto la práctica de “medidas de investigación”).

tratado de conciliar ambos ordenamientos (bien que sin tratar de aproximar su contenido), permitiendo en algunos casos la cooperación directa de autoridades del Estado de emisión en la ejecución así como favoreciendo intensas consultas directas entre las autoridades concernidas.

En el supuesto que nos ocupa, (toma de declaraciones), previsiblemente frecuente, la Directiva reitera esa exigencia⁵⁹⁹ expresamente señalando que “Las autoridades de emisión y de ejecución se pondrán de acuerdo con respecto a las disposiciones prácticas”. La autoridad de ejecución habrá de citar a las personas investigadas o acusadas para que asistan a la comparecencia conforme a las normas específicas que establezca el Derecho del Estado de ejecución, e informarles de sus derechos con arreglo al Derecho del Estado de emisión, con tiempo suficiente para que puedan acogerse efectivamente a las garantías procesales. La comparecencia se efectuará directamente ante la autoridad competente del Estado de emisión o bajo su dirección conforme a su derecho interno. Sin embargo, durante la declaración estará presente un representante de la autoridad competente del Estado de ejecución, asistida por un intérprete cuando sea necesario. Esta autoridad presente le identificará y “velará por el respeto de los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución”. Es sorprendente que su “intromisión” en esa prueba en la que inicialmente parece ser un mero “convidado de piedra,” pueda llegar al extremo de incluso poder suspender la misma, ya que la Directiva prevé que “Cuando la autoridad de ejecución considere que durante la comparecencia se están infringiendo principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución, adoptará inmediatamente las medidas necesarias para garantizar la continuación de la comparecencia de conformidad con los citados principios”.⁶⁰⁰

En cuanto al alcance del *nemo tenetur* y la obligación o no de declarar, según la calidad procesal del interviniente, la Directiva, consciente de que su tratamiento es diverso en los Estados miembros de forma un tanto confusa trata de buscar una solución práctica y así señala que “se informará a los investigados o acusados con antelación a la comparecencia de los derechos procesales que les asistan, incluido el derecho a no

⁵⁹⁹ Art. 24.3.

⁶⁰⁰ Llama la atención que en realidad en tales declaraciones por videoconferencia aparentemente existe una suerte de doble tutela de garantías por ambas autoridades-la que toma declaración conforme a su derecho interno (de emisión) y la de ejecución, que le ha informado previamente de sus garantías conforme a ese Estado de emisión pero sin embargo a su vez sigue velando por los sus “principios fundamentales” (los del Estado “anfitrión”). Nótese que la Directiva deliberadamente habla de “derechos” en el primer caso y “principios” en el segundo, lo que podría interpretarse restrictivamente en este caso, no bastando cualquier discrepancia entre legislaciones para entender vulnerados esos “principios fundamentales”.

declarar, al amparo del Derecho del Estado de ejecución y del Estado de emisión.⁶⁰¹ De otra parte, los testigos y peritos podrán alegar el derecho a no declarar que les asista al amparo del Derecho, ya sea del Estado de ejecución o de emisión y serán informados de este derecho con antelación a la comparecencia”.⁶⁰²

En el mismo sentido, se añade que: “Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que, en caso de que la persona que deba ser oída en su territorio con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo se niegue a prestar testimonio estando sometida a la obligación de testificar, o no preste testimonio veraz, se le aplique su Derecho interno del mismo modo que si la comparecencia se hubiera celebrado dentro de un procedimiento nacional”.⁶⁰³ Con este precepto se intentan paliar las desigualdades que pudieran resultar de los desplazamientos de sospechosos y testigos a lo largo del espacio europeo fuera del territorio en que se sigue el proceso y su eventual búsqueda de ámbitos de impunidad⁶⁰⁴. No ha de olvidarse que la Directiva está presidida por el principio de equivalencia y busca optimizar su eficacia más allá de la práctica en plazos razonables de la prueba solicitada, alcanzando en lo posible la garantía de la admisibilidad de la prueba en el Estado de emisión, fin último de la OEI.

La Comisión tradicionalmente ha defendido que un Espacio europeo integrado, en que la prueba penal pueda circular libre de impedimentos y garantizar eficazmente plenos efectos en el proceso de origen sin demoras excesivas ni distorsión alguna desde el punto de vista del pleno respeto a las garantías procesales exige, en todo caso, mayores cotas de uniformidad o integración no sólo en cuanto a la regulación de garantías procesales sino también en lo referente a estándares mínimos sobre obtención de pruebas para evitar la problemática generada no sólo por su práctica y transmisión subsiguiente, sino también en materia de admisibilidad posterior.

Y si bien en cuanto al primer aspecto parece haberse impuesto de forma casi unánime la tendencia impulsada por el principio de reconocimiento mutuo y su necesario complemento de aproximación legislativa en cuanto a derechos de sospechosos e imputados, (poniendo las bases de un futuro proceso penal europeo), más problemática

⁶⁰¹ Esa redacción alternativa del art. 25.5 e), ¿significa que bastará que uno solo lo reconozca- siendo concreta excepción a la regla general de garantías del Estado de emisión- o se anticipa a la Propuesta de Directiva en materia de presunción de inocencia que lo establece para todos los Estados miembros?

⁶⁰² Parece optar aquí el legislador europeo por la norma más garantista al respecto sea la *lex loci o fori* y así, no parece posible que en España ante un Juez de instrucción, se admitiera una declaración por videoconferencia de un imputado al que se *obligara* a declarar según su *lex fori*.

⁶⁰³ Art. 24.7.

⁶⁰⁴ ¿Podría este precepto fundamentar la persecución extraterritorial de delitos cometidos fuera del territorio? En todo caso, parece preciso que fuera una ley de naturaleza penal nacional la que expresamente lo estableciera.

se presenta la meta de un sustrato común en cuanto a la forma de obtención de pruebas en el curso de la instrucción penal. Se viene señalando cómo el principio de subsidiariedad excluye en el momento actual una regulación europea en tal aspecto. La riqueza inherente a la diversidad normativa de los Estados miembros y su propia interpretación doctrinal y jurisprudencial en la materia, es enarbolada en ocasiones como elemento intangible ligado a la soberanía. Así, señala gran parte de la doctrina que la admisibilidad probatoria ha de ser afrontada desde una perspectiva nacional, no estando amparada por el principio de subsidiariedad.⁶⁰⁵

Sin embargo, precisamente el principio del reconocimiento mutuo y su flexibilización (por su interacción con el principio de asistencia) presumiblemente ha de permitir que, pese a esa regulación discrepante, pueda avanzarse en forma decidida la cooperación judicial penal propiciando un verdadero Espacio de libre circulación probatoria sin perjuicio de los efectos que cada prueba obtenida en otro Estado vaya a desplegar en el Estado de emisión en que se sigue el procedimiento penal (y que sigue como asignatura pendiente).

Es obvio que los Estados miembros carecen de voluntad política en cuanto a una eventual aproximación legislativa en materia probatoria penal y el Tratado de Lisboa interpretado bajo el principio de subsidiariedad excluye de momento dicha opción.⁶⁰⁶ Ciertamente es que, aprovechando la regulación de la OEI, unos mínimos estándares comunes o directrices concretas (sobre todo en materia de pruebas más invasivas, regulando las condiciones de obtención permitidas en cada caso, su necesaria autorización judicial o no, exigencias de la cadena de custodia...) hubieran apuntalado la eficacia del reconocimiento mutuo, allanando la libre circulación probatoria y sobre todo su eficaz retorno al proceso en que han de ser utilizadas. Desde un punto de vista práctico, aun hoy parece empresa titánica y desde un punto de vista teórico y competencial sigue extramuros del actual proyecto legislativo europeo del que queda aún lejos un auténtico Derecho Procesal común.

⁶⁰⁵ "...supondría una enorme injerencia en la estructura procesal penal de los estados miembros". (BACHMAIER WINTER, L., *op.cit.*, nota 567, p.90).

⁶⁰⁶ Más sobre el principio de subsidiariedad en: AREILZA CARVAJAL, J.M., *El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1996; BOIXAREU CARRERA, A., "El principio de subsidiariedad", *Revista de Instituciones Europeas*, v. 21, n.º 3, 1994, (pp. 771-808); CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001; GALERA RODRIGO, S., "El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los estados miembros y la Unión Europea" en VVAA, *Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (II)*: XVII jornadas de estudio, Vol. 1, 1998, (pp. 635-666); RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Sobre el principio de subsidiariedad" en VV AA, *Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (II)*: XVII jornadas de estudio, Vol. 1, 1998, (pp. 749-778); RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. *Primacía y subsidiariedad en la UE*, CEPC, Madrid, 2011.

C. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

C1. A VUELTAS CON LA PRUEBA: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRUEBA DE CARGO EN LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS EN LA UE. ¿DOBLE CONTROL O DOBLE RIESGO? (EFICACIA PROBATORIA Y “PRUEBA PROHIBIDA”)

La presunción de inocencia no es un mero principio sino un derecho fundamental de aplicación inmediata que vincula a todos los poderes públicos y que representa una de las características más significativas del Derecho Procesal penal liberal y del actual modelo del debido proceso.⁶⁰⁷

De forma unánime es recogido este derecho fundamental en todos los ordenamientos europeos (y por supuesto en nuestra CE, art 24.2), así como más recientemente en la Carta en consonancia con el CEDH, la Declaración universal de derechos humanos y el PIDCP. La proclamación del mismo utiliza expresiones similares: “Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” a tenor del artículo. 48.1 Carta, precepto que de conformidad con el art. 52.3 de la misma tendrá el mismo sentido y alcance que el garantizado por CEDH que a su vez reza: “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” (art.6.2 CEDH).⁶⁰⁸

La Carta lo consagra con esa escueta redacción y de forma conjunta con los derechos de defensa formando ambos parte de la configuración del derecho a un

⁶⁰⁷ Según, FERRAJOLI, es “... una garantía de libertad y de verdad, así como una garantía de seguridad e incluso de defensa social (...) es un elemento esencial integrante del garantismo procesal”, citado en LORCA NAVARRETE, J.F. y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M. I., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Ediciones Pirámide, Anaya, Madrid 2010. p.489. Vid en la misma obra, en cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho las consideraciones de magistrados como GUERRA SAN MARTÍN, BELLOCH, JULBE Y TORRES Y LÓPEZ DE LA CALLE. Y para un estudio detallado de esta garantía en relación con el derecho de defensa, BERBEROFF, D., “La presunción de inocencia y el derecho de defensa. Principios de legalidad y de proporcionalidad” en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo II, Thomson Reuters, Aranzadi SA, Cizur menor, 2009, pp. 863-934.

⁶⁰⁸ En el mismo sentido establecía el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” y el artículo 14.2 del PIDCP reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

proceso equitativo (derechos interrelacionados con los principios de audiencia o contradicción y de igualdad de armas procesales). La Carta significativamente les otorga sustantividad propia al separarlos en su redacción del resto de garantías procesales que configuran esa noción de proceso justo. Otras normas internacionales y el CEDH la integran con resto de garantías o derechos a un juicio equitativo, -si bien este último le dedica un ordinal propio resaltando su entidad (art 6.2), antes de enumerar el resto de derechos (art 6.3). La propia CE en su artículo 24.2 la consagra junto al resto de garantías. Es obvio en todo caso que la presunción de inocencia forma parte de los principios subyacentes al derecho a un juicio imparcial⁶⁰⁹ y obviamente ha dado lugar a una vastísima jurisprudencia a nivel constitucional nacional y europeo.⁶¹⁰

La jurisprudencia, en ambos ámbitos, ha desarrollado el contenido esencial de este derecho en una doble dimensión: como regla probatoria o de juicio y como regla de tratamiento del imputado.

Como regla de juicio (única que se tenía en cuenta tradicionalmente), exige el cumplimiento de una serie de garantías para fundamentar una sentencia condenatoria que destruya la presunción de inocencia: la imposición de la carga de la prueba a la acusación, el desarrollo contradictorio de la misma en el juicio oral con pleno respeto al principio de inmediación del órgano sentenciador, su valoración con respecto a los derechos fundamentales y la motivación de la resolución, para que el razonamiento del órgano enjuiciador pueda ser objeto de control desde la perspectiva de ese derecho. Y todo ello para que dicha prueba pueda ser calificada como prueba “de cargo” y por tanto con virtualidad de destruir la citada presunción. En nuestro ordenamiento nacional, la prueba se valora por el órgano enjuiciador⁶¹¹ “con arreglo a su conciencia o convencimiento íntimo y personal según determina el artículo 741 LECRIM, que no fija

⁶⁰⁹ Así lo ha señalado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (* COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD) */).

⁶¹⁰ En España ha sido junto al derecho a la tutela judicial efectiva, el más alegado ante el Tribunal Constitucional con ocasión del recurso de amparo. En el ámbito europeo, no solo ha sido objeto de numerosas y ya famosas y paradigmáticas resoluciones del TEDH, (vgr. en *ALLENET DE RIBEMONT v. Francia*, nº 15175/89, 10 de febrero de 1995, Series A nº 308) sino también del TJ (que incluso al margen de la Carta, lo ha reconocido en varias ocasiones, vgr. en Sentencia *Brazelli*, Sentencia *San Marco*, Sentencia *Hüls*), invocando los abogados generales ya tempranamente el art. 48 de la Carta(vgr. en as *Volkswagen*) y también el propio Tribunal de Primera Instancia en Sentencia de 5 abril de 2006, (as. *Degussa*). (todas ellas citadas anteriormente, nota 272).

⁶¹¹ De forma pedagógica en nuestro ordenamiento, la STC (Sala 1ª) 31/1981, de 28 de julio de 1981, (Recurso de amparo 113-1980), BOE núm. 193 de 13 de agosto de 1981, señala que “...la presunción de inocencia que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derecho, en el ámbito de la jurisdicción criminal, a través del axioma *in dubio pro reo* relacionado con la valoración benigna de la prueba en caso de incertidumbre, pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental (...) representando por su contenido una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal”. Estos pronunciamientos fueron reiterados en la STC (Sala 1ª) 107/1983, de 29 de noviembre de 1983, (Recurso de amparo 21-1983), BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1983).

tasa legal o regla ponderativa distinta. Solo le corresponde comprobar al TC si ante la invocación de una eventual vulneración de la presunción de inocencia, ha existido una mínima actividad probatoria de cargo que pudiera desvirtuarla, pero respetando el criterio con que la misma fue valorada por el Tribunal Penal”⁶¹²

Desde esa óptica como regla de enjuiciamiento, a su vez el TEDH ha sido reacio a valorar el sistema probatorio de los Estados, (divergente entre sí) considerándolo cuestión interna de las legislaciones nacionales por lo que su doctrina jurisprudencial ha verificado el análisis global del proceso para determinar si ha sido equitativo atendiendo a la suficiencia de la prueba de cargo, legalidad en obtención y práctica de la prueba y su valoración.

Y así, en cuanto a la suficiencia de prueba de cargo, el TEDH exige su despliegue a la acusación, excluyendo para el acusado la prueba de hechos negativos o *probatio diabólica*⁶¹³ y correlativamente permitiéndole la proposición de pruebas de descargo. En cuanto a la fuerza o eficacia probatoria dependerá en primer lugar de la legislación interna y el control de cada jurisdicción nacional, limitándose el TEDH a constatar si el proceso en su conjunto (incluida la manera en que ha sido obtenida la prueba y posible lesión de otros derechos) reviste un carácter equitativo.⁶¹⁴

Sin embargo, la presunción de inocencia también ha de ser examinada como regla de tratamiento, toda vez que el imputado⁶¹⁵ también tiene derecho a su ejercicio

⁶¹² El TC solo revisa la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, excluyendo ser una tercera instancia. Señalaba GOLDSCHMIDT, que la valoración de la prueba en sistemas procesales penales europeos se basa en conceptos metajurídicos (principio de convicción íntima o en conciencia), no identificables con mero subjetivismo. (GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935). En tal sentido declara el TC (STC (Sala 1ª) 32/1995, de 6 de febrero de 1995, (Recurso de amparo 2.342-1993), BOE núm. 59 de 10 de marzo de 1995), (FJ 4º) que : “...se asienta sobre dos ideas esenciales: en primer lugar el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal,(...) en segundo lugar que la sentencia condenatoria ha de fundamentarse en auténticos actos de prueba, debiendo ser la prueba practicada suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible sino también de la responsabilidad penal (...) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral tal y como establece el art. 741 LECRIM”. En cuanto a las exigencias de la prueba de cargo en nuestra doctrina constitucional, señalaba el TC (en STC (Sala 2ª) 17/2002, de 28 de enero de 2002, (Recurso de amparo 3148-98), BOE núm. 52 de 1 de marzo de 2002), (FJ 2º y 3º), que: “ ... la presunción de inocencia es una presunción “iuris tantum” cuya destrucción requiere la existencia de una actividad probatoria, la cual exigimos en un primer momento a partir de la fundamental STC 31/1981 que fuera “mínima”, después desde la STC 109/1986 que resultase “suficiente” y últimamente hemos requerido que el fallo condenatorio se apoye en “verdaderos” actos de prueba (...). El art. 24.2 no se opone a que la convicción del Tribunal se forme a través de la denominada prueba indiciaria (...) declaración parecida a la efectuada por el TEDH”.

⁶¹³ STEDH recaída en as. *BARBERÀ, MESSEGUÉ ET JABARDO v. España* nº 10590/83, 6 de diciembre de 1988, Series A nº 146.

⁶¹⁴ Decisión del TEDH emitida en as. *FERNÁNDEZ SAAVEDRA ET REYES CORTES v. España*, nº 47646/06, 7 de septiembre de 2010. El TEDH se basa en conceptos a veces calificados como “ultravaloración”, pronunciándose sobre la razonabilidad del juicio emitido en algunas condenas, (vgr. STEDH dictada en as. *LÜDI v. Suiza*, nº 12433/86, 15 de junio de 1992, Series A nº 238).

⁶¹⁵ Erróneamente denominado “acusado” en algunos de los textos legales que consagran este derecho, (extremo corregido en la propuesta de Directiva como se verá).

durante la instrucción, como lo ha reiterado en nuestro ámbito la muy acertada doctrina del TC explicitando que para adoptar medidas que quebranten esa presunción es imprescindible contar con elementos suficientes, indicios racionales claros y consistentes en la persecución de delitos graves y que respondan a fines o exigencias legítimas del proceso. En el mismo sentido, el TEDH ha extendido la virtualidad de la misma como elemento básico del derecho a un juicio justo o un proceso equitativo a la fase de instrucción.⁶¹⁶ Y precisamente cobra especial relevancia esa perspectiva de regla de tratamiento procesal que permite y exige la tutela del sujeto pasivo del proceso en un sentido amplio e integral (y desde el mismo inicio de la fase investigadora), frente a eventuales injerencias en todo su abanico de derechos fundamentales (integridad física, libertad, honor, intimidad, propia imagen, secreto de comunicaciones, entre otros).

El análisis de la presunción de inocencia durante la fase de instrucción o investigación penal desde una perspectiva tutelar en el entorno de la UE es, como se ha señalado ya, inseparable del estudio de la prueba y garantías probatorias tanto desde la perspectiva del derecho a la utilización de todos los medios de prueba como desde el necesario análisis del régimen de su valoración y eficacia.

En cuanto al derecho a la utilización de medios de prueba, aun partiendo del hecho de que solo son “auténticas pruebas” (vinculantes a efectos de sentencia), las practicadas en juicio oral y en forma contradictoria, no las sumariales (actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente), no por ello es baladí la práctica de prueba con todas las garantías en dicha fase. En primer lugar atendiendo a la importante excepción de la prueba anticipada o preconstituida que con determinados requisitos podrá erigirse en prueba de cargo al igual que otras diligencias sumariales que podrán ser sometidas a contradicción en el juicio oral, siendo relevante entonces que su práctica en la fase previa no haya estado viciada de nulidad ni haya afectado a derechos fundamentales.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Vgr, STEDH de 2 de marzo de 2010 en as. *ADAMKIEWICZ* (nota 259).

⁶¹⁷ Al respecto, la STC 92/2006 señalaba que : “... este Tribunal ha venido afirmando en forma constante que las diligencias sumariales son meros actos de investigación, que en sí mismos no constituyen pruebas de cargo y que, si bien hemos reconocido que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las practicadas con las formalidades que la CE y el orto procesal establecen, para que tales diligencias puedan ser valoradas como prueba, hemos exigido que hayan podido ser sometidas a contradicción con anterioridad al juicio oral o en el transcurso del mismo”. (STC (Sala 2ª) 92/2006, de 27 de marzo de 2006, (Recurso de amparo 4492-2003), *BOE* núm. 106 de 4 de mayo de 2006), (FJ 4º). Incluso se ha reconocido por el TC la posibilidad de que, en caso de contradicción entre los resultados de ambos medios de prueba, el órgano judicial funde su convicción en las pruebas sumariales en detrimento de lo manifestado en el juicio oral en numerosas resoluciones, entre otras: STC (Sala 1ª) 82/1988, de 28 de abril de 1988. (Recurso de amparo 1427-1986), *BOE* núm. 125 de 25 de mayo de 1988; STC (Sala 2ª) 98/1990, de 24 de mayo de 1990, (Recurso de amparo 474-1988), *BOE* núm. 147

Desde la perspectiva “europea” de este estudio, ha de reiterarse que la cuestión de la admisibilidad y eficacia probatoria solo ha sido abordada por el ordenamiento jurídico de la UE de manera indirecta, sin establecer normas comunes para su obtención durante la fase de instrucción penal, subsistiendo por ello el riesgo de que los distintos niveles nacionales de protección de garantías procesales y de derechos fundamentales que pudieran ser objeto de injerencia a resultados de la actividad probatoria, ofrezcan resultados muy dispares según se incorporen al proceso seguido en uno u otro Estado miembro, dependiendo de su normativa e interpretación jurisprudencial en materia de prueba de cargo y técnicas de valoración probatoria. Y así, en unos casos, esa prueba obtenida fuera de las fronteras nacionales se incorporará al acervo probatorio sin problema alguno mientras en otros casos, determinadas pruebas habrán de ser excluidas precisamente por su atentado a derechos fundamentales, sin desvirtuar la presunción de inocencia.

Los notorios avances en el campo de la cooperación judicial en esta materia y el funcionamiento previsible de la OEI conllevan una previsible agilización de la circulación probatoria en el Espacio Judicial Europeo pero, pese a la especial atención al respeto a los derechos fundamentales en su desarrollo, carece de la virtualidad de erradicar los problemas inherentes a la preservación de los mismos durante la obtención de la prueba y sobre todo en cuanto a su posterior aportación al proceso de origen, en relación con su validez o no como prueba de cargo y por ende el preceptivo respeto a la presunción de inocencia.

Es por ello que puede afirmarse que la injerencia o lesión de derechos fundamentales con ocasión de la práctica de prueba transnacional estará sometida a una *doble verificación o garantía* desde el punto de vista de la tutela judicial. De un lado, como se ha visto al analizar la Directiva sobre la OEI, las autoridades del Estado de ejecución (generalmente judiciales) con carácter previo a su reconocimiento y ejecución verifican (con un juicio de necesidad y proporcionalidad y bajo los principios fundamentales de su ordenamiento y derechos reconocidos en el TUE y la Carta) la conformidad de la prueba a practicar con tales derechos fundamentales tanto materiales y procesales. Como se ha visto, de dicha actividad tutelar resulta en ocasiones el rechazo por la autoridad requerida a la práctica de la prueba y en otras simplemente la sustitución de la misma por medios probatorios menos invasivos de derechos.

de 20 de junio de 1990 y STC (Sala 1ª) 51/1995, de 23 de febrero de 1995, (Recurso de amparo 2.397-1992), BOE núm. 77 de 31 de marzo de 1995.

A su recepción en el Estado de emisión, la Directiva de la OEI ha allanado el terreno en cuanto al inmediato reconocimiento de la validez de la prueba procedente del Estado de ejecución (habiendo tenido incluso la oportunidad en ocasiones la autoridad de emisión de intervenir directamente en ella y en todo caso de hacer constar precisiones y procedimientos para su práctica precisamente para garantizar su eficacia).⁶¹⁸

Pero no por ello, las pruebas presuntamente obtenidas en forma válida en el Estado de ejecución conforme a su *lex loci* (e incluso con respeto a especificaciones y procedimientos de la *lex fori*) han de sustraerse a un necesario juicio de “licitud” y “validez” en el Estado de emisión en el posterior momento de la valoración de su eficacia como prueba de cargo. *A contrario*, la defensa de la presunción de inocencia en litigios de corte transnacional ha de ser extremada precisamente, a tenor de la diversidad de ordenamientos jurídicos concurrentes y de la inseguridad jurídica existente en algunos Estados miembros en materia de obtención de pruebas que puedan vulnerar derechos fundamentales.⁶¹⁹

⁶¹⁸ En tal sentido, y manteniendo una postura que podría denominarse muy “europeísta”, ya el TS venía manteniendo desde hace muchos años la innecesariedad de someter a la prueba obtenida mediante comisiones rogatorias a un nuevo control mediante parámetros nacionales y así lo señalaban vgr. la STS de 26 marzo de 1995 y STS de 3 marzo 2000 señalando que “la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el tribunal sentenciador se ha practicado con todas las garantías sin que ello implique que las pruebas obtenidas en el extranjero deban pasar por el tamiz de las normas españolas, debiéndose estar a las normas y garantías que para la obtención de las pruebas rigen en el país en que se han obtenido o practicado”. (En el mismo sentido, STS de 22 mayo de 2009). EL TS, como razón para validar la prueba, se refería precisamente a la confianza mutua en las garantías comunes vigentes en todo el espacio judicial europeo (vgr. STS de 10 enero de 2003 con estos términos: “espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión de unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado pero que en todo caso salvaguarda el contenido esencial de aquellos valores y garantías”. Se afirmaba una suerte de presunción *iuris tantum* de respeto a contenido esencial de valores y garantías por todos los Estados miembros, aun hoy más predicable tras el Tratado de Lisboa, la entrada en vigor de la Carta y la consolidación del reconocimiento mutuo en posteriores instrumentos. (STS 1.033, de 26 de marzo de 1995, (ECLI:ES:TS:1995:11128); STS (Sala de lo Penal) 279/2000 de 3 de marzo de 2000, (Recurso nº 258/1999), (ECLI:ES:TS:2000:1699); STS 480/2009 de 22 de mayo de 2009, (Recurso nº 10084/2008), (ECLI:ES:TS:2009:3057) y STS (Sala de lo Penal) 19/2003 de 10 de enero de 2003, (Recurso nº 353/2002), (ECLI:ES:TS:2003:39), (FJ 1º).

⁶¹⁹ Inseguridad propiciada por lagunas legales y oscilaciones jurisprudenciales en los ordenamientos nacionales implicados y divergentes entre sí. En tal sentido, es paradigmática la, a todas luces incompleta y confusa situación en el ordenamiento español, tal y como ha puesto de manifiesto el propio Proyecto de Código Procesal Penal. Se encuentra aún en tramitación, y precisamente pretende poner fin a la indefinición legal en materia de requisitos de práctica y obtención de pruebas con alto grado de injerencia en los derechos fundamentales codificando la principal doctrina jurisprudencial del TC español y del TEDH en la materia. Señala en su exposición de motivos “No basta, sin embargo, con abordar una regulación detallada de nuevas formas de investigación hasta ahora ausentes en nuestro sistema procesal. Se hacía preciso también afrontar la necesaria actualización de las diligencias de investigación más tradicionales, aquellas que sí eran objeto de tratamiento y regulación por la LECRIM, pero que solo podían ser entendidas a partir de una jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que ahora se incorpora al texto...” Y resalta la necesaria regulación detallada de las más invasivas: entrada y registro en domicilio o lugar cerrado, la necesidad de regulación del agente encubierto y a la circulación y entrega vigilada, las inspecciones e intervenciones corporales, obtención de los indicadores genéticos de ADN, La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, La investigación mediante vigilancias policiales sistemáticas, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. (“Propuesta de texto

En todo caso, esa suerte de presunción de validez de la prueba transnacional (*iuris tantum*) es positiva en cuanto a la construcción del Espacio Judicial Europeo ya que presupone una corriente jurisprudencial “conservadora” desde esa perspectiva europea y permite también garantizar la viabilidad de procesos que hayan comenzado en un Estado miembro y continúen en otro al que posteriormente se haya atribuido, tras haberse suscitado un conflicto de jurisdicción entre ambos.⁶²⁰

Posteriormente esas diligencias probatorias (practicadas durante la instrucción en otro Estado, por cooperación o por haber comenzado en él un procedimiento como en el caso anterior) serán de nuevo reexaminadas (desde la perspectiva de la presunción de inocencia) por el Tribunal ante el que se desarrolle el juicio oral atendiendo a su licitud para poder desplegar o no sus efectos desvirtuadores de aquella como prueba de cargo o en caso contrario ser excluidas.⁶²¹

articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012”, texto disponible en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/MJusticia/1292387342364?blob). Nótese que hasta tal punto considera urgente el legislador nacional acometer una expresa reforma en la materia que sin esperar a la aprobación del citado proyecto, ha incluido en el Proyecto de LO de 13 de marzo de 2015 de reforma de la LECRIM (cuya tramitación prevé más ágil), la regulación específica de las medidas de investigación tecnológicas. (Vid. MAGRO SERVET, V., “La medida de intervención telefónica en el nuevo Código procesal penal y actuación del Juez de Garantías y de la Fiscalía” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 31, mayo-agosto 2013, pp.199-213). La investigación mediante vigilancias policiales sistemáticas, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. (“Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012”, disponible en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/MJusticia/1292387342364?blob). Nótese que hasta tal punto considera urgente el legislador nacional acometer una expresa reforma en la materia que sin esperar a la aprobación del citado proyecto, ha incluido en el Proyecto de LO de 13 de marzo de 2015 de reforma de la LECRIM (cuya tramitación prevé más ágil), la regulación específica de las medidas de investigación tecnológicas. (Vid. MAGRO SERVET, V., “La medida de intervención telefónica en el nuevo Código procesal penal y actuación del Juez de Garantías y de la Fiscalía” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 31, mayo-agosto 2013, pp.199-213).

⁶²⁰ En esos casos de transmisión de procedimientos, el art. 16.4 de la Ley 16/2006 de 26 mayo por la que se regula en España el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la UE, señala que si hubiese existido cuestión de conflicto de jurisdicción a favor de España, se consideran válidos los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. (referido por tanto a supuestos en el seno de la UE y cuando la transmisión se produce tras la intervención de Eurojust (vgr. En el naufragio del Prestige en que ingente documentación fue remitida por las autoridades de Brest tras aceptar las autoridades francesas la jurisdicción española del procedimiento). Vid. ALONSO MOREDA, N., *op. cit.*, nota 548). Actualmente está en vigor la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, pp.19965-19969 (ref. BOE-A-2006-9294). Será próximamente reformada, existiendo hoy un Proyecto de Ley por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. (27 de febrero de 2015, Tramitación parlamentaria (A-134), (Texto disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-remitidos-cortes>), (última consulta 15 de mayo de 2015).

⁶²¹ Muchos ordenamientos exigen además un previo doble control de legalidad, (en el RU, se examina el derecho del Estado de ejecución y también su conformidad o no según el derecho británico para la exclusión pruebas injustas (sección 78 of PACE, *political and criminal evidence act*, 1984). En cuanto a España, pese a la apuntada jurisprudencia más “automatizadora” del TS, gran parte de la doctrina, apuntaba a la conveniencia de examinar el fondo de las pruebas practicadas a los efectos de constatar eventuales vulneraciones en la obtención de pruebas practicadas en el extranjero (vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (dir.) *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de formación continuada, 51, CGPJ, Escuela judicial, Lerko Print SA, Madrid 2010), en el mismo sentido que otra vertiente jurisprudencial (vgr.

Y así, desde la perspectiva del Juez español, cuando reciba una prueba aparentemente practicada con escrupuloso respeto a la normativa europea (en estricto cumplimiento de los requisitos de la Directiva sobre OEI y la *lex loci* correspondiente), no podrá prescindir absolutamente de las circunstancias concurrentes a su obtención extraterritorial sino analizar si existen posibles vulneraciones que pueden afectar al orden público procesal y/o derechos fundamentales de los imputados, pudiendo provocar su ineficacia como prueba de cargo pese a esa *legalidad prima facie* en su obtención.⁶²²

Téngase en cuenta que podría darse el caso de que la nulidad o ineficacia de la prueba a efectos del procedimiento español no derivase de defectos en su práctica imputables a la autoridad de otro Estado miembro (o por su no cumplimiento de los requisitos o procedimientos expresados en la OEI), sino precisamente por la inobservancia de determinadas garantías procesales o injerencia ilegal o desproporcionada en derechos fundamentales, debidas a la omisión o defectuosa constancia de aquellas exigencias en la solicitud por parte de la autoridad de emisión española o en su caso derivadas de su propia actuación irregular, solamente imputables a la misma.⁶²³

Sea como fuere, no sólo persiste hoy, pese al relanzamiento de la cooperación judicial en fase de instrucción, la misma preocupación por la definitiva eficacia probatoria de las diligencias realizadas en otros Estados, sino que precisamente esa circulación transnacional de pruebas en el seno del Espacio Judicial Europeo acentúa los problemas que plantea al órgano judicial la eventual existencia de una prueba prohibida o ilícita que a la postre podría hacer estéril el resultado de la cooperación judicial.⁶²⁴ La válida

STS (Sala de lo penal) 1493/99 de 21 de diciembre, (Recurso nº1174/1998), (ECLI: ES: TS: 1999:8670), caso *Roldán* y STS (Sala de lo penal) 2084/2001 de fecha 13 de diciembre de 2001 (Recurso nº 1048/2000), (ECLI: ES: TS: 2001:9774), caso *Comando Araba*.

⁶²² Vgr., si a un testigo se le obligase a declarar en otro Estado sin tener en cuenta su dispensa legal según el derecho español si el Juez de emisión de la OEI no lo hubiera hecho constar expresamente en el formulario de la OEI y el del Estado de ejecución desconociera tal extremo (y no se hubiera acudido al sistema de videoconferencia que hubiera evitado tal eventualidad).

⁶²³ Nótese que en el ámbito nacional frecuentemente son anuladas resoluciones judiciales nacionales por tal motivo. El Juez español podría haber motivado insuficiente o deficientemente una autorización de intervención telefónica o con fines puramente prospectivos y el Juez de otro Estado miembro haber cumplido escrupulosamente el contenido de la OEI formalmente válida. Precisamente como se ha señalado *ut supra* el legislador español es plenamente consciente de la indefinición normativa actual en materia de injerencia probatoria en los derechos fundamentales, como se evidencia en los proyectos legislativos en curso señalados, acometiendo una detallada regulación de aquellas pruebas más invasivas, sus requisitos y procedimientos legales de obtención, régimen necesario de autorización en cada caso, duración máxima y restantes extremos relevantes.

⁶²⁴ Sobre prueba prohibida e ilícita existe abundante bibliografía, también desde esta óptica. Destacan: GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia 2008, (siendo relevante en dicha obra: DE LA OLIVA SANTOS, A., "Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad", (pp. 67-74) y MORENO CATENA, V., "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación

incorporación o no de esa prueba al proceso nacional complica un escenario ya *per se* complejo, buscando el difícil equilibrio entre la voluntad represiva del estado y la necesaria tutela de garantías y en concreto la preservación de la presunción de inocencia.

Puede hablarse pues, de un preceptivo doble control tutelar ante la existencia de un riesgo igualmente duplicado por la circulación probatoria en el espacio europeo e interacción de sus ordenamientos nacionales propios y no siempre congruentes entre sí.

Es innegable pues, la repercusión esencial de la práctica de prueba transfronteriza durante la instrucción penal en la preservación de la presunción de inocencia. Durante aquella se practican las diligencias de investigación (para tratar de reconstruir el hecho, identificar a los autores y partícipes y reunir todos los elementos probatorios que han de derivar en una decisión judicial bien de sobreseimiento o de apertura del juicio oral), pero es en el seno de este último en que se practica *stricto sensu* la prueba que ha de desvirtuar la presunción de inocencia, con todas las garantías de inmediación, oralidad y publicidad. Sólo como excepción,⁶²⁵ la prueba practicada en esa fase como preconstituida (que no podrá en principio ser reproducida en el juicio oral) a diferencia del resto de las diligencias de instrucción, podrá alcanzar la categoría de prueba de cargo y por ello exige durante su práctica que sea extremada la tutela de los derechos fundamentales, más aún si intervienen autoridades de distintos Estados miembros.

EL TC español, conectando los requisitos de esta prueba preconstituida y anticipada a los exigidos en el ámbito internacional, los clasifica en materiales (por su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (con la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, y defensa técnica del imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la

de derechos fundamentales durante la investigación penal,”(pp.76-106); GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F. y DEL POZO PÉREZ M., “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español” en *Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011, (pp.1-42); MARTÍNEZ GARCÍA, E, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98 de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia,2003; MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Obtención y utilización de la prueba transnacional” en *Revista de Derecho Penal*, nº30, mayo, Lex Nova, Valladolid 2010. pp. 79-102.

⁶²⁵ STC (Sala 1ª) 200/1996, de 3 de diciembre de 1996, (Recurso de amparo 146-1995), BOE núm. 3 de 3 de enero de 1997.

lectura de documentos requerida por el artículo 730 de la LECRIM y exigencias del principio de contradicción, sometiéndose al posible interrogatorio del acusado).⁶²⁶

A los efectos de la incorporación a instancia de parte en el juicio oral de esa prueba preconstituida, habrá de ser reproducida si fuera posible (mediante lectura íntegra, visionado o audición), permitiendo su contradicción en el acto del juicio.⁶²⁷ Estas pruebas, por su trascendencia definitiva y al ser en la mayoría de las ocasiones irrepetibles, exigen un plus de cautela en su práctica transnacional en que será esencial preservar el derecho a una defensa técnica efectiva para el imputado. En todo caso, ha de evitarse el recurso a preconstituir prueba en otro Estado miembro (con las dificultades adicionales que ello conlleva) si existe otra alternativa. Otra cosa es que un criterio de elemental prudencia aconseje exigir en la práctica sumarial un plus de garantías por si desaparecieran sobrevenidamente para que pudieran luego tener los efectos de una prueba anticipada.⁶²⁸

En todo caso, el distinto tratamiento de este principio de contradicción y la inmediación judicial en el derecho comparado europeo puede generar igualmente problemas en materia de eficacia probatoria.⁶²⁹

Ha de señalarse sin embargo, que no es sólo en relación a esta clase de pruebas (preconstituidas) practicadas por cooperación, en las que ha de desplegarse una auténtica función de salvaguarda del Juez de Instrucción español en materia de preservación de validez y licitud de la prueba, ya que el mismo ha de asumir con especial rigor dicha función en varios supuestos en relación con todas las diligencias de investigación penal.

⁶²⁶ STC (Sala 2ª) 97/1999, de 31 de mayo de 1999, (Recurso de amparo 2.120-1995), *BOE* núm. 154 de 29 de junio de 1999. Hace referencia al art. 6.3 d) del CEDH y el art. 14.3 e) del PIDCP, que operan como obligado criterio para la interpretación del art. 24.2 CE, según lo dispuesto en su art. 10.2.

⁶²⁷ Abundante es la jurisprudencia del TC español insistiendo en que la posibilidad de contradicción en tales casos es una de las “reglas esenciales del desarrollo del proceso” STC (Pleno) 155/2002, de 22 de julio de 2002, (Recurso de amparo 4858-2001, 4907-2001 y 4922-2001, acumulados), *BOE* núm. 188 de 07 de agosto de 2002, (caso *Lasa y Zabala*).

⁶²⁸ Vgr. la declaración en fase de instrucción de un testigo esencial de edad avanzada, que reside en otro Estado miembro y podría fallecer o no estar en condiciones de declarar en el momento posterior del juicio oral. Sería conveniente que al emitir la OEI, el Juez instructor tratase de que su inicial declaración se efectuase por videoconferencia para que así su testimonio quedase registrado definitivamente y se emitiese bajo su control y con presencia de los letrados de las partes, pudiendo erigirse luego en prueba preconstituida si no estuviera disponible el testigo en fase de juicio oral.

⁶²⁹ Lo señalaba TIEDEMANN, K. *op.cit.*, nota 78, pp. 143-155. Mientras algunos ordenamientos (español y alemán) priorizan la repetición de la prueba testifical en la vista oral, en Francia se permite la lectura en la vista oral del interrogatorio testifical de instrucción como *preuve littérale* (considerando incluso que la primera declaración resulta más veraz y espontánea). En el RU se insiste en la inmediación mediante interrogatorio cruzado ante tribunal sentenciador.

De un lado, como autoridad de emisión de una OEI vigilando (desde tal perspectiva) por la correcta y completa cumplimentación de la misma, atendiendo a ulteriores consultas de la autoridad de ejecución y en su caso interviniendo directamente en su práctica bien en tal Estado o por videoconferencia. De otro, a su recepción, pudiendo valorar tales extremos con ocasión vgr., de la resolución de un eventual recurso de nulidad de actuaciones, que de prosperar, podría eliminarla del acervo sumarial, impidiendo su posterior propuesta como prueba en el juicio oral.

Y por último, si actúa como autoridad de ejecución, en cuyo caso habrá de examinar cuidadosamente la OEI recibida y su compatibilidad con los principios jurídicos del ordenamiento español y respeto a los derechos fundamentales antes de tomar una decisión sobre su reconocimiento y acomodando su ejecución a aquellos.

La cuestión que con diferencia ocasiona mayores interrogantes desde el punto de vista de la eficacia probatoria, deriva precisamente del eterno conflicto entre la tutela de los derechos fundamentales de los imputados y la finalidad legítima de averiguación y represión de conductas delictivas. Con muy diverso alcance legal y constitucional se admite en cada sistema jurídico nacional una cierta injerencia en la esfera de los derechos fundamentales, con una suerte de límites jurisprudencial o legislativamente fijados y cuya vulneración puede determinar la exclusión de la validez de la prueba, quedando incólume la presunción de inocencia.⁶³⁰

La evolución doctrinal y jurisprudencial en España sobre el tratamiento que ha de darse a la prueba prohibida (obtenida con infracción de derechos fundamentales) ha merecido severas críticas que consideran que precisamente a results del desarrollo de la criminalidad transfronteriza (y la necesaria represión de conductas especialmente graves como delitos de terrorismo o trata de seres humanos), se ha ido imponiendo el valor seguridad relajándose la necesaria tutela de derechos y libertades para salvar las dificultades probatorias inherentes a determinados delitos graves de componente transnacional.⁶³¹

⁶³⁰ Como regla general esas injerencias solo están legitimadas por la indiciaria y racional existencia de los hechos presuntamente delictivos, necesidad y proporcionalidad de la prueba bajo la autorización judicial, que ha de contener un motivado juicio de ponderación entre el alcance de la intromisión (bienes jurídicos en conflicto) y la gravedad del delito. Tales requisitos están positivizados en algunos Estados que reservan algunas diligencias a determinados tipos penales (vgr. Alemania, Finlandia, Bélgica) o según parámetros penológicos (Dinamarca, Austria, Francia, RU). En España, como novedad el actual proyecto legislativo exige en las intervenciones de comunicaciones unos requisitos alternativos de *quantum* de pena o categoría de delitos (criminalidad organizada o delitos informáticos). Tradicionalmente el derecho alemán solo admitía estas medidas en delitos tasados.

⁶³¹ Señala GÓMEZ COLOMER que “del deslumbramiento inicial por el que cualquier vulneración constitucional que se producía en la obtención o práctica de un medio de prueba en el proceso penal, significaba la exclusión del proceso prácticamente de forma automática de la prueba afectada, es decir de

Con muchos años de retraso, la jurisprudencia española había recepcionado la doctrina judicial norteamericana en materia de *exclusionary rules* (y la doctrina del fruto del árbol envenenado o *the fruit of the poisonous tree*). Matizaba el TC que prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, aplicando su doctrina sólo a las eventuales lesiones causadas durante la obtención probatoria, (fase de investigación), siendo reconducibles a interdicción de la indefensión las lesiones que se originen en las situaciones admisión y practica de pruebas (fase de incorporación al proceso).⁶³²

Así, en su acto de valoración de la prueba practicada, el órgano enjuiciador (en el sistema español un Juez o tribunal distinto del que ha dirigido la instrucción),⁶³³ debía excluir la prueba obtenida con infracción de tales derechos fundamentales (*exclusionary rules*). Se produce así un nuevo control judicial sobre la actividad realizada en la fase de instrucción que si hubiera sido objeto de cooperación judicial en el espacio europeo habría pasado ya por la supervisión previa de otras dos autoridades generalmente judiciales con ocasión de la emisión, reconocimiento y ejecución de una OEI.⁶³⁴

La valoración judicial sobre la prueba que ha de considerarse prohibida no resulta en modo alguno fácil ni uniforme, como tampoco su relación concreta con la presunción de inocencia. Y así, siguiendo a la jurisprudencia americana, se acogió inicialmente en nuestra jurisprudencia⁶³⁵ un criterio expansivo, luego recogido en el

una situación claramente “pro libertad/derechos fundamentales” estamos pasando a un lamentable y preocupante reduccionismo teórico-práctico en el que todo vale si hay algún resquicio a la legalidad. El péndulo hoy se está inclinando claramente a favor de la eficacia/seguridad” (GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato” en, *op.cit.*, nota 624, p.111).

⁶³² STC (Sala 1ª) 64/1986, de 21 de mayo de 1986, (Recurso de amparo 452-1985), *BOE* núm. 144 de 17 de junio de 1986.

⁶³³ Ha de valorar libremente y en conciencia (mediante un juicio lógico valorativo recogido en la motivación de la sentencia) el acervo probatorio traído al juicio y valorado por la acusación y defensa atendiendo también a la versión en su caso ofrecida por el acusado. (art. 741 LECRIM).

⁶³⁴ La doctrina ha diferenciado ese concepto de prueba prohibida de la meramente ilícita, obtenida con infracción de normas procesales pero sin resultar afectado el contenido esencial de un derecho fundamental, debiendo graduarse la trascendencia de la infracción susceptible de anulabilidad pero que no necesariamente determinaría su exclusión del proceso ni el efecto reflejo de la prohibida. Y así la prueba meramente ilícita adolecería de un vicio que podría ser subsanado durante la instrucción o en el plenario, pudiendo admitirse prueba derivada de aquella. Podría ser objeto de control por el propio instructor decretando una nulidad de actuaciones que podría extenderse a actos causalmente derivados de la diligencia declarada nula pero no a los sucesivos independientes de aquel o cuyo contenido no hubiese variado. Y ello sin perjuicio de la posterior valoración que sobre el conjunto probatorio haya de efectuar el órgano de enjuiciamiento.

⁶³⁵ Vgr., STC (Sala 2ª) 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, (Recurso de amparo 167-1984), *BOE* núm. 305 de 21 de diciembre de 1984. Esta sentencia en su FJ 2 matizaba que “no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no implica necesariamente lesión de un

artículo 11 LOPJ (no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales). Se decretaba la exclusión de un medio de prueba si la infracción afectara al contenido esencial de un derecho fundamental, fijándose igualmente la eficacia refleja o indirecta de dicha prueba (*the fruit of the poisonous tree*) considerando contaminadas también las pruebas que se hubieran practicado como consecuencia de la prueba prohibida.

Igualmente fue siguiendo la jurisprudencia española la flexibilización o limitación americana de esa inicial doctrina del fruto del árbol envenenado que venía admitiendo pruebas derivadas de una ilícita bien que fijando una serie de criterios restrictivos: doctrina de la fuente independiente, excepción de descubrimiento inevitable, del hallazgo casual y de buena fe.⁶³⁶

En España ese giro jurisprudencial consagró la “excepción de la conexión de antijuridicidad” que permite que la prueba refleja puede valorarse como prueba de cargo (y por ende desvirtuar la presunción de inocencia), cuando pese a existir conexión natural con la prohibida, falta la llamada “conexión de antijuridicidad”. Esa prueba puede estimarse jurídicamente independiente y en sí misma considerada ha de valorarse como lícitamente obtenida y aportada al proceso. La independencia jurídica de unas pruebas de otras reside en que las pruebas derivadas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental (son desde su consideración intrínseca constitucionalmente legítimas) así que no puede entenderse que su incorporación al

derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán solo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución). En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States v. Janis* (1976), la Corte declaró que “... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

⁶³⁶ (*The independent source, inevitable discovery, purged taint y good faith exception*). Esta doctrina se desarrolló partir de 1984 en Estados Unidos y en 1998 en España. Se consagró la excepción de la conexión de antijuridicidad como excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita en la STC (Pleno) 81/1998, de 2 de abril de 1998, (Recurso de amparo 3.140-1994), BOE núm. 108 de 6 de mayo de 1998. En el FJ 4º de dicha resolución, el TC matiza que “Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, FJ 8º)”.

proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. Ello permite que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar no existe relación natural o si en segundo lugar, no se da lo que hemos denominado “conexión de antijuridicidad”⁶³⁷

Es relevante esa evolución de la jurisprudencia constitucional en nuestro ámbito en tanto que ha supuesto un avance en el principio de conservación de actos procesales, permitiendo la mejor integración del acervo probatorio y la optimización de la eficacia de las pruebas practicadas en instrucción. Es por ello que el Juez de instrucción ha de ser muy cauto al resolver eventuales incidentes de nulidad que se le planteen en este tema, evitando (salvo supuestos muy palmarios y evidentes), declarar una nulidad radical de una prueba como prohibida y todas las derivadas de aquella, permitiendo que en caso de duda, sea el órgano enjuiciador quien decida en último término y recurriendo de ser posible, en caso de pruebas meramente ilícitas a la eventual subsanación de defectos procesales.

La citada evolución del TC, no solo suponía la continuidad de la jurisprudencia americana sino también la del TEDH, muy relevante para entender la relación entre prueba prohibida y presunción de inocencia.

Hasta entonces⁶³⁸ el TC consideraba que la presunción de inocencia impedía la actividad probatoria derivada de la violación de un derecho fundamental. Así, el motivo de exclusión de pruebas prohibidas radicaba en ese derecho fundamental de contenido procesal. Sin embargo, el TEDH incardinaba la prueba ilícita dentro de la noción del proceso justo (art 6.1 CEDH) debiendo valorarse el proceso en su conjunto en cuanto a la legalidad en la obtención de pruebas y su correcta práctica. El CEDH no contiene reglas reguladoras sobre la prueba pero fija parámetros de cómo han de practicarse en un proceso equitativo, (*fair trial*), límites exigidos por el derecho de defensa y contradicción así como regularidad en la obtención de los medios de prueba y conformidad de los mismos con los derechos y principios del CEDH. El artículo 6.2 excluye las pruebas ilegales correlativamente a la exigencia de culpabilidad legalmente establecida pero pese a esa conexión, el TEDH no consideraba que la prueba ilícita /prohibida se considerase dentro del derecho a la presunción de inocencia⁶³⁹ sino que

⁶³⁷ STC (Sala 2ª) 299/2000, de 11 de diciembre de 2000, (Recurso de amparo 3290-1997), BOE núm. 14 de 16 de enero de 2001.

⁶³⁸ STC 81/1998 de 2 abril, ya citada.

⁶³⁹ Existe abundante jurisprudencia del TEDH pronunciándose sobre ilicitud en obtención de pruebas que no siempre conlleva una violación del art. 6 CEDH. Destaca la Decisión del TEDH en as. *Prado Bugallo* sobre prueba obtenida por agentes infiltrados. La ilicitud dependerá del grado de actuación de los agentes

remitiéndose al pleno respeto a garantías legales preceptuadas en los ordenamientos nacionales, se ha limitado a fiscalizar el carácter equitativo en su conjunto.

Es por ello que siguiendo esa doctrina del TEDH, el TC trasladó el tema de la licitud de la prueba desde el contenido de la presunción de inocencia hacia la pluralidad indeterminada de garantías y derechos procesales integradas en el proceso con todas las garantías previsto en el art 24.2 CE. El derecho a la ineficacia de las pruebas ilícitas/prohibidas será pues tratado como contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art 24.2CE). Ello no obsta para que, al valorar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, pueda resultar lesionado no solo el derecho a un proceso con todas las garantías sino también la presunción de inocencia pero sólo si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas.⁶⁴⁰

Sea como fuere, el problema de fondo sobre la validez o eficacia de las pruebas cobra especial relevancia en el Espacio Judicial Europeo como lo evidencian las recientes Directivas objeto de estudio en que el legislador europeo ha dejado claro su respeto a las peculiaridades nacionales en la materia.⁶⁴¹ En coherencia con ello, a nivel nacional viene demandándose doctrinalmente en la mayoría de Estados europeos una regulación positiva y detallada del tema de la licitud en la obtención probatoria como exigencia de seguridad jurídica⁶⁴² y también en relación con la regulación de la cadena

si provocaron o no el delito. (*PRADO BUGALLO v. España*, nº 21218/09, Decisión de 18 de octubre de 2011).

⁶⁴⁰ Desarrollan el tema, DÍEZ PICAZO, L.M Y NIETO MARTÍN, A. (dirs): *Los derechos fundamentales en el Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2010. Tema interrelacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, señalando el TC la vulneración del derecho a la tutela judicial debido a la práctica de pruebas con lesión de derechos fundamentales solo procederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas, “pues si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes de dicha vulneración, la presunción de inocencia podrá no resultar finalmente infringida”. (STC (Sala 2ª) 138/2001, de 18 de junio de 2001, (Recurso de amparo 2855-1997), *BOE* núm. 170 de 17 de julio de 2001).

⁶⁴¹ Sirva como ejemplo el considerando 50 de la Directiva sobre asistencia letrada (Directiva 2013/48/UE del PE y del Consejo, de 22 de octubre de 2013) en que con ocasión de las declaraciones o pruebas que hayan vulnerado su derecho a un letrado, y tras recoger la jurisprudencia del TEDH que considera vulnerado el derecho de defensa, añade, “ello se entiende sin perjuicio de las disposiciones o sistemas nacionales sobre la admisibilidad de pruebas, y no debe impedir que los Estados miembros mantengan un sistema con arreglo al cual puedan presentarse ante un tribunal o un Juez todas las pruebas existentes, sin que se realice una valoración independiente o previa sobre la admisibilidad de dicha prueba”.

⁶⁴² GÓMEZ COLOMER propugna la necesidad de normativizar las vulneraciones de la CE y sus consecuencias, positivizando el alcance del efecto reflejo de la prueba prohibida. Advierte cómo en función del giro jurisprudencial han sido fuertemente matizados los términos literales del art. 11 LOPJ ya que tras la admisión en 2003 de la excepción de buena fe, prácticamente se considera neutralizada la regla de exclusión. A su juicio, entre los casos que provocan nulidad deberían ser incluidos violaciones probatorias producidas con ocasión de la detención inculpada y en relación a su derecho de defensa, y las que afectan a derechos constitucionales a la vida, integridad física, honor, intimidad y propia imagen, inviolabilidad del domicilio y secreto de comunicaciones (derechos fundamentales no procesales o sustantivos) El resto de lesiones de derechos procesales, deberían dar lugar a mera anulabilidad por irregularidades procesales. (*op.cit.*, nota 624).

de custodia, cuya necesaria garantía se complica con la internacionalización de la prueba.⁶⁴³

Sin embargo, para configurar sólidamente una dimensión europea de la presunción de inocencia (y correlativamente los requisitos de la prueba de cargo) parece irrenunciable desde un punto de vista teórico, la existencia de una cierta aproximación de los distintos ordenamientos europeos que con distinto alcance valoran dichas pruebas prohibidas o ilícitas (y ello tras haber acometido una labor de clarificación y positivización previa de la materia a nivel interno). De no ser así, podrían existir graves e injustificadas divergencias entre los Estados miembros que pese a predicar y construir progresivamente un marco armonizado en el seno de otras garantías estrictamente procesales, podrían afectar en forma muy diferente a los derechos fundamentales sustantivos de sospechosos e imputados, directamente relacionados con la obtención de pruebas (derecho al honor, la intimidad, propiedad privada, integridad física y moral, secreto de las comunicaciones...) asumiendo muy distintos grados de intromisión permitida. Esa desigualdad de trato dificultaría la verdadera construcción de un ELSJ en que tanto el TJ como el TEDH aspirasen a imponer de forma unificada su doctrina jurisprudencial en todo el ámbito europeo y garantizar así la tutela homogénea de los derechos de los ciudadanos europeos.

Una cierta armonización supondría un plus de seguridad jurídica en la utilización de la OEI y eficaz persecución de delitos en el Espacio Judicial Europeo y reequilibraría la necesaria perspectiva tutelar de la instrucción penal con las exigencias de eficacia. Sin embargo, como se examinará a continuación la actual Propuesta de Directiva, con un objetivo “mínimo”, se circunscribe al refuerzo de ciertos aspectos de la presunción de inocencia excluyendo expresamente regular aspectos relativos al procedimiento de

⁶⁴³ Se multiplica en el ámbito europeo la necesidad de clarificar y regular criterios en materia de recogida de muestras, manipulación y garantías de conservación de pruebas (“cadena de custodia”) para preservar que no pueda ser alterada o sustituida, evitando irregularidades que afecten a las garantías procesales. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Diligencias de Investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado”, *Revista de Derecho Penal*, Nº 38, 1º cuatrimestre 2013, año XIII, Lex Nova, Thomson Reuters, (pp.35-68). Cita el Auto del TS de 31 de marzo de 2011 (Auto 304/2011) y señala “Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la mismidad de la prueba”. Pone de manifiesto la autora que el déficit normativo de la LECRIM ha propiciado pronunciamientos de tribunales propios de un “Derecho Penal del Enemigo” en delitos de especial gravedad en los que los tribunales están dispuestos a disculpar deficiencias de la cadena de custodia que anularían la eficacia de la prueba en otros más leves. En el espacio europeo existe un plus de dificultad ante la falta de armonización normativa al ser distinto el alcance de las competencias de cada autoridad (policial judicial o pericial) en cuanto a recogida, manipulación y custodia de muestras y vestigios. Desde esta perspectiva plantea especiales complejidades la regulación relativa al material interceptado en pruebas de intervención de comunicaciones. El TS ha hecho referencia a nuevo sistema Sitel, y lo considera válido, garantía de su integridad y con imposibilidad de manipulación, amparando incluso la posibilidad de cotejos si fueran pedidos con la grabación original que se guarda íntegramente en un disco duro central protegido que es volcado en soporte distinto protegido con firma electrónica para garantizar la integridad de los entregados. (Vid CASANOVA MARTÍ, R., *op. cit.*, nota 581, pp. 172-189 y STS (Sala de lo Penal Sección 1) 544/2011 de fecha 7 de junio de 2011, (Recurso nº 10988/2010), (ECLI: ES: TS: 2011:4587).

obtención de la prueba en sede de instrucción, su validez y eficacia, en la misma línea que el criterio restrictivo asumido por la Directiva reguladora de la OEI bajo los dictados del principio de subsidiariedad. Cobra así especial protagonismo el Juez nacional en su labor tuitiva de derechos fundamentales en el control de validez y eficacia de la prueba de cargo (y correlativamente sobre la válida desvirtuación de la presunción de inocencia).

C2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA *MODESTAMENTE* “ARMONIZABLE”:

a) La Propuesta de Directiva, “mínima”

Dentro del ya mencionado Paquete de propuestas de la Comisión de 27 de noviembre de 2013 se incluye la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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.⁶⁴⁴ RU e Irlanda han manifestado su deseo de participar, no así Dinamarca.

Previamente (el 26 de abril de 2006) se había elaborado el Libro Verde sobre la presunción de inocencia siguiendo el plan de acción por el que se aplica el Programa de La Haya, dentro de los planes para fortalecer la justicia. Constató el mismo que “La definición de la presunción de inocencia depende del sistema jurídico” y dio lugar a una serie de conclusiones (recogidas luego en la Propuesta) que ratificaron la necesidad de armonizar mínimamente dicha garantía. Fue denunciada por algunos Estados la erosión del principio de presunción de inocencia, subrayando que en determinados procedimientos de instrucción contra no nacionales o no residentes, cada vez tenía mayor aceptación el principio de “presunción de culpabilidad” en los sistemas nacionales. Se asumió por tanto la conveniencia de adoptar una legislación de mínimos a favor de la cual ya se había pronunciado la doctrina (bien que discrepando en cuanto

⁶⁴⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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. (27 de noviembre de 2013). (/ * COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD) */) En ese paquete figuran además medidas para la protección en los procesos penales de los sospechosos o acusados vulnerables y una Propuesta de Directiva sobre la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y en los procedimientos de orden de detención europea. Prácticamente con ello se cerraría todo el ámbito inicial del Plan de trabajo derivado del Programa de Estocolmo.

a su extensión). Se insistió en su regulación como derecho fundamental y también desde su perspectiva de principio rector básico y elemento protector de la integridad del proceso penal.⁶⁴⁵

Dicha iniciativa es continuación de la estrategia iniciada en el Programa de Estocolmo de reforzar los derechos de las personas en los procesos penales y especialmente de los sospechosos y acusados mediante normas mínimas comunes sobre el derecho a un juicio justo. Señala la Propuesta que ese el objetivo global del programa de derechos procesales de la Comisión precisamente garantizar el derecho a un juicio justo en la UE, lo que exige la garantía en todos sus Estados miembros de un nivel mínimo de protección del principio de presunción de inocencia. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta el objetivo nada desdeñable de contribuir a reforzar las garantías jurídicas que amparan a las personas que son objeto de los procesos instruidos por la Fiscalía Europea.⁶⁴⁶

La base jurídica de la propuesta radica en el artículo 82, apartado 2,b) del TFUE. Es decir, “para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”. (Dicho precepto incluye los derechos de las personas durante el procedimiento penal)⁶⁴⁷

El objeto de la Directiva cuya Propuesta va a analizarse es básicamente fijar normas mínimas relativas a determinados aspectos del derecho de los sospechosos o acusados a la presunción de inocencia hasta que sean declarados culpables por sentencia firme. Abarca los siguientes: el derecho a no ser presentado como culpable por las autoridades públicas antes de la sentencia firme, la atribución de la carga de la prueba a la acusación y el beneficio de toda duda razonable al acusado, el derecho a la

⁶⁴⁵ A más largo plazo dicha armonización serviría “como puntal para un hipotético proceso penal en la UE para el enjuiciamiento de delitos graves de carácter transfronterizo”. MARTÍN DIZ, F. “Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea,” *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº18/2º semestre 2011, pp.133-166.

⁶⁴⁶ La reciente propuesta de Reglamento del Consejo aclara que el sospechoso goza del conjunto de derechos conferidos por el Derecho de la UE, además de los que dimanen directamente de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ejercitables de conformidad con el Derecho nacional, y se refiere explícitamente al derecho a la presunción de inocencia. (Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (17 de julio de 2013) (* COM/2013/0534 final - 2013/0255 (APP) */).

⁶⁴⁷ La Directiva relativa a la OEI tenía su fundamentación jurídica en art. 82.1 a) aunque su contenido está como se ha visto interrelacionado con esta Propuesta. No en vano el propio Libro Verde señalaba que “La Comisión ha incluido la presunción de inocencia dentro de las garantías relativas a los medios de prueba. El motivo es que, en muchos sistemas jurídicos, algunos derechos relacionados con la presunción de inocencia están vinculados a la prueba (verbal y documental)”.

no autoinculpación, el derecho a la no cooperación y el derecho a guardar silencio.⁶⁴⁸ Adicionalmente incluye el derecho a estar presente en el propio juicio.⁶⁴⁹

El TEDH venía relacionando estas garantías con el derecho a ser informado de la acusación y el tema de la prisión preventiva.⁶⁵⁰ A su vez, especificaba el Libro Verde que no vulnera la presunción de inocencia la prisión preventiva o detención de un sospechoso.⁶⁵¹

Así pues, como predica el primer artículo de la Propuesta, su finalidad consiste en reforzar el derecho a un juicio justo en los procesos penales estableciendo unas normas mínimas relativas a ciertos aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio. (art.1). No es un objetivo ambicioso ni revolucionario sino circunscrito con extrema prudencia a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Y así, hace referencia expresa al principio de subsidiariedad (art. 5 TUE) constatando que se han observado considerables variaciones en lo que respecta al derecho de presunción de inocencia en la legislación de los distintos Estados miembros así como su frecuente conculcación constatada por la jurisprudencia del TEDH, lo que desemboca en una falta de confianza mutua entre las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros de la UE y en la renuencia de estas a cooperar entre sí. La actuación del TEDH resultaba insuficiente para la plena protección del principio (al no considerar recientemente o en profundidad algunos aspectos) y por su intervención subsidiaria o *ex post*, una vez agotadas todas las vías de recurso internas.

⁶⁴⁸ Sigue las declaraciones del TEDH que sostiene que el artículo 6, apartado 2, del CEDH encierra tres requisitos esenciales: el derecho a no ser públicamente presentado como condenado por las autoridades públicas antes de la sentencia firme, la atribución de la carga de la prueba a la acusación y del beneficio de cualquier duda razonable al acusado y el derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan.

⁶⁴⁹ Se considera que los procedimientos en rebeldía (mejor, en ausencia), plantean problemas específicos en relación con la presunción de inocencia especialmente en situaciones transfronterizas. Su desarrollo no es objeto de este trabajo estando ligado a las garantías inherentes a la fase de enjuiciamiento, sin perjuicio de las necesarias consideraciones en relación con la ODE y el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁵⁰ El primero está regulado en la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, por lo que la Propuesta señala que queda al margen de la presente Directiva así como la prisión preventiva que es igualmente objeto de iniciativa separada.

⁶⁵¹ Cuenta con su propio Libro Verde publicado por la Comisión el 14 de junio de 2011 en relación a la detención. (Libro Verde: Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo - Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención. (14 de junio de 2011) (* COM/2011/0327 final */). El artículo 5, apartado 1, letra c) y apartado 3, del CEDH, establece excepciones al derecho a la libertad en los casos en que se hace comparecer al detenido ante la autoridad judicial competente, "cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción", y solo si la detención es por un periodo razonable. El TEDH ha declarado que no se reconoce ningún derecho automático a disfrutar de condiciones de detención diferentes de las que se aplican a las personas condenadas, siempre que las condiciones sean razonables. (vgr.as. *PEERS v. Grecia*, nº 28524/95, 19 de abril de 2001, Reports 2001-III).

En cuanto al principio de proporcionalidad, la Propuesta se circunscribe al mínimo requerido para alcanzar el objetivo fijado a escala europea sin exceder de lo necesario a tal efecto, limitándose a los aspectos de la presunción de inocencia que considera más directamente relacionados con el funcionamiento de los instrumentos de reconocimiento mutuo y con la cooperación policial y judicial en materia penal. Igualmente limita su ámbito al proceso penal *stricto sensu* y a las personas físicas.⁶⁵²

Su ámbito se restringe pues a los procesos penales, excluyendo “los procedimientos administrativos sancionadores en materia de competencia, comercio, fiscalidad y servicios financieros, así como las investigaciones de las autoridades administrativas en relación con tales procedimientos, ni los procesos civiles. Ello no significa que no se reconozca en el ámbito de la UE este derecho en procedimientos de otra naturaleza⁶⁵³. El artículo 2 de la norma concreta su ámbito de aplicación respecto de las personas físicas “sospechosas o acusadas” en procesos penales hasta la conclusión final de esos procesos. Son excluidas expresamente las personas jurídicas y se aplicará a los sospechosos o acusados en un proceso penal, desde las fases más tempranas del mismo, es decir, incluso antes de que las autoridades competentes les hayan notificado que son sospechosos o están acusados de haber cometido una infracción penal.⁶⁵⁴

⁶⁵² La exposición de motivos explicitaba que La Carta puede hacerse valer ante los Estados miembros y las instituciones de la UE cuando aplican la legislación de la UE, por ejemplo, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Precisa el reconocimiento legislativo de este derecho en su artículo 48, garantizando la presunción de inocencia con el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el artículo 6, apartado 2, del CEDH.

⁶⁵³ Vgr. la STJ dictada en as. *Montecatini* extendió la eficacia de la presunción de inocencia a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que pueden conducir a la imposición de multas. (Asunto C-235/92 P. *Montecatini SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 8 de julio de 1999, (ECLI: EU: C: 1999:362). (Y STEDH en as. *PUIG PANELLA* ya citada). Se remite al respecto el TJ a Sentencias del TEDH como la dictada en as. *ÖZTÜRK*, (*ÖZTÜRK v. Alemania*, (GS) nº 8544/79, 21 de febrero de 1984, Series A nº 73). También el TC español ha extendido la presunción de inocencia a materias ajenas al proceso penal como en el ámbito administrativo sancionador, (vgr. STC (Sala 2ª) 32/2009, de 9 de febrero de 2009, Recurso de amparo 7602-2004, BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2009). La interrelación entre procedimientos también ha sido objeto de pronunciamientos del TEDH que ha proclamado que la presunción se extiende en el proceso penal (y otros en que pueda tener incidencia) en tanto no recaiga sentencia definitiva de culpabilidad en el primero. (STEDH dictada en as. *SIKIC v. Croacia*, nº 9143/08, 15 de julio de 2010 y en as. *PUIG PANELLA* antes citado).

⁶⁵⁴ Al igual que en relación a otras garantías procesales, el TEDH al señalar el ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH, venía sosteniendo reiteradamente que sus disposiciones se aplican también a la fase prejudicial del proceso penal y que los sospechosos o acusados disfrutaban de los derechos que les confiere el artículo 6 ya en los primeros interrogatorios policiales. El Tribunal establecía, además, que estas garantías deben aplicarse a los testigos que, en realidad, sean sospechosos de algún delito, habida cuenta de que la calificación formal de la persona es irrelevante. (la Propuesta lo recoge expresamente al igual que las tres Directivas anteriormente aprobadas en materia de garantías procesales).

Se aplica hasta la conclusión de ese proceso, es decir, hasta que se dicte sentencia firme. La Propuesta explicita la duración del derecho poniendo así fin a un largo debate doctrinal.

La presunción de inocencia es consagrada en el artículo 3 señalando 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”. Ha de merecer una valoración necesariamente positiva la terminología elegida en cuanto a los titulares del derecho, apartándose de los errores de la Carta y del CEDH.⁶⁵⁵ El tema no es en modo alguno irrelevante afectando a asuntos tan trascendentes para los derechos fundamentales como la adopción de medidas cautelares de carácter personal frente a personas aún no acusadas, durante la fase previa de instrucción, enfatizando la operatividad de la presunción de inocencia en esa fase así como en la previa investigación policial.

Se regulan como aspectos básicos de la presunción de inocencia (siguiendo la doctrina del TEDH) las referencias públicas a la culpabilidad antes de la condena, la carga de la prueba y proclamación del principio *in dubio pro reo* y los derechos a no autoinculparse, no cooperar y derecho a guardar silencio (*nemo tenetur*).

Y así, considera conculcada la presunción de inocencia cada vez que alguna resolución judicial o declaración pública de las autoridades judiciales o de otras autoridades públicas presenta a los sospechosos o acusados como condenados sin que estos hayan sido previamente declarados culpables conforme a la ley.⁶⁵⁶

El concepto manejado por la Propuesta de “autoridades públicas” se refiere a “autoridades con funciones coercitivas o judiciales” las que, en cumplimiento de la legislación nacional, ejercen sus competencias en el ámbito de los procesos penales (considerando 12). Así pues los, obligados por este precepto serán los poderes públicos.

⁶⁵⁵ La redacción literal del art. 48.1 de la Carta solo se refiere a *acusado* (“Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”) arrastrando la defectuosa redacción del art. 6.2 CEDH. (art. 6.2. “Toda persona *acusada* de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”) que había sido matizada y superada por la interpretación jurisprudencial. –por todas STEDH dictada en as. *CELIK (BOZKURT) v. Turquía*, nº 34388/05, 12 de abril de 2011), explicitando que ha de extenderse la protección a cualquier sujeto inmerso en un proceso penal. En la terminología española no podría entenderse únicamente referido a acusado *stricto sensu*, (calidad procesal que exige que se haya formalizado ya frente al mismo escrito de acusación y decretado la apertura del juicio oral) sino también a todo imputado (art. 118 LECRIM) y por ende durante la fase previa de instrucción e incluso en fase preprocesal, como lo ha señalado el TC y doctrina unánime. *Vid.* MORENO CATENA, *op.cit.*, nota 624.

⁶⁵⁶ Por ello el artículo 4 (bajo el epígrafe “referencias públicas a la culpabilidad antes de la condena”) señala que “Los Estados miembros velarán por que, antes de la condena firme, las autoridades públicas no presenten a los sospechosos o acusados como condenados”.

La jurisprudencia del TEDH había señalado que no se trata de una mera garantía procesal en materia penal, teniendo un alcance es más amplio, implicando que ningún representante del Estado o autoridad pública declare que una persona es culpable de un delito antes de que su culpabilidad haya sido legalmente establecida por un tribunal.⁶⁵⁷ Ello es compatible con el hecho de que las autoridades puedan informar públicamente de las investigaciones y transmitir sospechas de culpabilidad siempre sin constituir una declaración de culpabilidad anterior al juicio y manifestándose con discreción y prudencia.⁶⁵⁸

En relación con este tema, durante los últimos años existe en nuestro entorno nacional una corriente extremadamente crítica con la actuación de los medios de comunicación en ocasiones directamente lesiva en relación con este derecho. Primando los intereses de audiencias y en búsqueda de sensacionalismo, con total ausencia de respeto a las mínimas normas deontológicas, se procede de forma inmediata a la publicación o emisión de imágenes de personas en el mismo momento de su detención ofreciendo informaciones sin contrastar sobre la causa o circunstancias de la misma, se produce filtración de actuaciones sumariales secretas o no, y se emiten con total frivolidad juicios de valor y culpabilidad precipitados, generalizados ante la opinión pública⁶⁵⁹. El actual entorno global e internacionalizado y su práctica desaparición de fronteras informativas, ha multiplicado exponencialmente la existencia y difusión de juicios paralelos en que las informaciones sobre un asunto *sub iudice* implican frecuentemente no solo vulneraciones del secreto de sumario (de imposible persecución al ampararse los periodistas en el secreto de sus fuentes), sino un verdadero linchamiento mediático del sospechoso, emitiendo sin rigor alguno juicios de valor incondicionados que suponen un veredicto anticipado de culpabilidad frente a la opinión pública. Ello vulnera no sólo la presunción de inocencia y otras garantías procesales (derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva e incluso al derecho a un Juez imparcial) sino también otros derechos fundamentales como el derecho al honor, propia imagen e intimidad.⁶⁶⁰ La protección de tales derechos fundamentales en su tensión con

⁶⁵⁷ Vgr. STEDH dictada en as. *LIZASO AZCONOBIEITA v. España*, nº 28834/08, 28 de junio de 2011.

⁶⁵⁸ STEDH dictada en as. *ALLENET DE RIBEMONT v. Francia* (citada en nota 610) y, en el mismo sentido STEDH dictada en *DAKTARAS v. Lituania*, nº 42095/98, 10 de octubre de 2000, Reports 2000-X. (El TEDH declaró la infracción del art. 6.2 por las manifestaciones del MF sobre culpabilidad del acusado).

⁶⁵⁹ Debe matizarse que el principio de publicidad del art.120.1 CE sobre las actuaciones judiciales ha de conciliarse con el art.301 LECRIM que en cuanto a las actuaciones de instrucción fija la regla general del secreto hasta apertura del juicio oral, en cuanto a quienes no son parte en aquella. (No ha de confundirse con el secreto de sumario declarado expresamente ex art. 302 LECRIM, de forma excepcional por el Juez también frente a las partes, a excepción del MF y de duración necesariamente limitada).

⁶⁶⁰ Vid. MACIÁ-BARBER, C. y GALVÁN ARIAS, M.A., "Presunción de inocencia y deontología periodística: el "caso Aitana", Presumption of innocence and journalistic ethics: The "Aitana case", http://www.revistalatinacs.org/067/art/960_Getafe/16_Macia.html (última consulta 8 de noviembre de 2014). En ese caso, paradigmático en cuanto a pésima praxis periodística, se difundió extensa y unánimemente

el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y de información en nuestro ordenamiento ha sido débil, propiciada por una jurisprudencia constitucional que tradicionalmente se ha inclinado por la “posición jurídica preferente” de estas últimas libertades y un ordenamiento penal que sólo ha tipificado conductas de quebrantamiento de secretos de sumario por parte de funcionarios o profesionales, que en su mayoría y por su difícil prueba, han resultado impunes.

A su vez, la mayoría de pronunciamientos del TEDH en esta materia se han producido más en el ámbito de la colisión entre libertad de información y derecho al honor que en el marco de la presunción de inocencia. Quizá un desarrollo cabal de este artículo 4 de la Propuesta Directiva permita sin embargo una regulación más garantista, verdaderamente tutelar de tales derechos en su conjunto (incluyendo la presunción de inocencia) y reforzando los derechos de los imputados.⁶⁶¹

En segundo lugar, señala la Propuesta que la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba ha de recaer en la acusación y que toda duda sobre la culpabilidad debe beneficiar a los sospechosos o acusados (*in dubio pro reo*). Por ello se vulnerará aquella cuando la carga de la prueba se traslade a la defensa, si bien se fijan ciertas excepciones. Ello no debería ser incompatible con la presunción de inocencia, siempre que se garanticen ciertas salvaguardias en ese ámbito excepcional: que las presunciones *de facto* o *de iure* se mantengan dentro de unos límites razonables que tengan en cuenta la importancia de los intereses que se ventilan y que sean refutables, por ejemplo mediante nuevas pruebas sobre circunstancias atenuantes o en caso de fuerza mayor.

La Comisión (en el Libro Verde) constataba en la jurisprudencia del TEDH tres situaciones en las que la carga de la prueba no recae exclusivamente en la acusación: las infracciones relacionadas con la responsabilidad objetiva, aquellas en las que se ha invertido la carga de la prueba, y los supuestos del dictado de una orden de incautación. Añadía que la recuperación de bienes debe poder ser recurrida ante los Tribunales, de

por casi todos los medios de comunicación filtraciones de datos precipitados y erróneos sobre la causa de la muerte de una niña y la conducta criminal del sospechoso que resultó a todas luces inocente una vez constatado que la muerte había sido natural. El daño a los derechos fundamentales del sospechoso fue irreparable.

⁶⁶¹*Vid.* en esta materia las interesantes conclusiones del encuentro promovido por la Fundación Pombo sentando las bases del nuevo “Observatorio de presunción de inocencia y juicios paralelos” (con opiniones doctrinales tan autorizadas como las de LUZÓN CÁNOVAS, RODRÍGUEZ MOURULLO Y RODRÍGUEZ RAMOS en OVEJERO PUENTE, A.M., *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, Fundación Wolters Kluwer España, SA, La Ley, Madrid 2012.

forma razonable y proporcionada y que obviamente, esto también se aplica a la recuperación transfronteriza de bienes.

Tras referirse en esos términos a la carga de la prueba y fuerza probatoria,⁶⁶² se consagra al final del referido artículo 5, el principio *in dubio pro reo* que exige un pronunciamiento absolutorio cuando el tribunal se enfrente a una duda razonable sobre la culpabilidad.⁶⁶³ El tema tiene directa relación con la eficacia probatoria en el seno de la UE, materia no armonizada y que como se ha reseñado anteriormente plantea dispares soluciones en los Estados.⁶⁶⁴

Se consagran los derechos ligados al *nemo tenetur*: no autoincriminarse, no cooperar y derecho al silencio, (arts. 6 y 7) como “normas internacionales que gozan de reconocimiento general y el núcleo de la noción de juicio justo del artículo 6 del CEDH”. Son derechos intrínsecamente vinculados a la presunción de inocencia consagrada en el artículo 6, apartado 2, del CEDH así como al derecho de defensa.⁶⁶⁵

El capítulo cuarto (tras la regulación de los juicios en rebeldía) incluye disposiciones generales y finales entre las que destaca el precepto destinado a las vías de recurso, exigiendo no sólo su existencia sino también su efectividad.⁶⁶⁶ También siguiendo la jurisprudencia constante del TEDH en esta materia, (sobre la forma más apropiada de reparación de la vulneración del derecho a un juicio justo dispuesto en el artículo 6, apartado 2, del CEDH) trata de asegurar que los sospechosos o acusados

⁶⁶² Art. 5.1: “Los Estados miembros velarán por que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos o acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de los poderes de investigación de oficio del órgano jurisdiccional que conoce del asunto. 2. Los Estados miembros velarán por que toda presunción que traslade la carga de la prueba a los sospechosos o acusados tenga la importancia suficiente para justificar una excepción a este principio y sea refutable. Para refutar la presunción, basta que la defensa aporte pruebas suficientes que susciten una duda razonable sobre la culpabilidad de los sospechosos o acusados”.

⁶⁶³ Art. 5.3. “Los Estados miembros velarán por que, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto valore la culpabilidad del sospechoso o acusado y exista una duda razonable sobre su culpabilidad, este sea absuelto”. Sobre el tema, *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

⁶⁶⁴ La STEDH dictada en *as. WINDISCH*, establece que las exigencias precisas sobre la convicción del Juez (inexistencia de duda razonable) respecto de la culpabilidad del acusado en orden a disponer su condena se determinan por las normas nacionales sobre el enjuiciamiento penal y pueden por tanto variar de un Estado a otro. (*WINDISCH v. Austria*, nº 12489/86, 27 de septiembre de 1990, Series A nº186). Al respecto señalaba la STC 25/1988 que el principio *in dubio pro reo* solo entra en juego cuando efectivamente practicada la prueba, esta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. La aplicación del referido principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter inculpativo de las pruebas practicadas”. (STC (Sala 1ª) 25/1988, de 23 de febrero de 1988, (Recurso de amparo 563-1986), BOE núm. 67 de 18 de marzo de 1988).

⁶⁶⁵ Serán objeto de desarrollo específico en el siguiente capítulo por su especial relevancia pese a haber sido ya analizados desde su conexión con el derecho de defensa anteriormente.

⁶⁶⁶ Art. 10.1”. Los Estados miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos o acusados dispongan de vías efectivas de recurso. 2. Esas vías de recurso tendrán, en la medida de lo posible, el efecto de colocar a los sospechosos o acusados en la situación que hubiesen ocupado de no haberse producido la vulneración, con miras a preservar el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa”.

puedan ser reintegrados, en la mayor medida posible, en la situación en la que se hubieran encontrado de no haberse conculcado sus derechos. Parece decretar la prohibición de dar eficacia alguna a la prueba obtenida con vulneración de esos derechos pero no lo explicita como hubiera sido deseable. (Resulta más calificadora la regulación de las consecuencias de una eventual vulneración del *nemo tenetur*). Se establece en todo caso una importante correlación con la preservación del derecho de defensa.⁶⁶⁷

Comparte esta propuesta notas comunes con el resto de Directivas sobre garantías procesales, entre otras la obligada referencia al CEDH y la Carta así como al resto de derechos fundamentales interrelacionados con la garantía que constituye su objeto.⁶⁶⁸

Igualmente se incluye la ya clásica “cláusula –tipo” de no regresión con la que pretende garantizar que el establecimiento de normas mínimas comunes en virtud de la norma no tenga como consecuencia reducir el nivel de exigencia o estándares eventualmente superiores de protección de tales derechos derivados del derecho internacional o nacional, especialmente los principios consagrados en la Carta y en el CEDH. Sin renunciar a armonizar esos mínimos (conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del TFUE), los Estados miembros gozan de total libertad para fijar normas más estrictas ampliando los derechos establecidos en la Directiva con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección. Ese nivel superior de protección no debe constituir un obstáculo al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, que esas mismas normas mínimas se destinan a facilitar. Pero tampoco ha de ser inferior al dispensado por las disposiciones de la Carta y por el CEDH, según la interpretación que de ellas hace la jurisprudencia del TJ o del TEDH.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ Señala LORCA NAVARRETE, (*op.cit.*, nota 253), que el derecho a la presunción de inocencia se mantiene durante el proceso condicionado con la sentencia. Si la sentencia lo vulnera (no se basa en demostración suficiente de hechos acusatorios) a partir de la misma, el derecho entra en fase de ejercicio a instancia del titular pretendiendo en la jurisdicción ordinaria o por cauce de constitucionalidad el reconocimiento de ese derecho con la conclusión práctica de una declaración de inocencia. (en tal sentido vgr. STC (Sala 1ª) 70/2007, de 16 de abril de 2007, (Recurso de amparo 1404-2003 y 7314-2004, acumulados), BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2007 y STC (Sala 2ª) 111/2008, de 22 de septiembre de 2008, (Recurso de amparo 7424-2006), BOE núm. 245 de 10 de octubre de 2008).

⁶⁶⁸ “La presente Directiva promueve los derechos y principios fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluidos la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa” (considerando 28).

⁶⁶⁹ “Cláusula de no regresión” (art.12).

De forma quizá en exceso optimista la norma, tras constatar que la protección actual de esta garantía a nivel europeo no es satisfactoria, establece que “La presente Directiva completará las garantías proporcionadas por el TEDH y asegurará la protección de la presunción de inocencia desde la incoación del proceso penal, incluida la posibilidad de servirse de los mecanismos de recurso de la UE”. Es obvio que acometiendo esta armonización proyectada, siquiera mínima como se ha reseñado, se refuerza notoriamente la dimensión europea de la presunción de inocencia (lo que presumiblemente será de gran utilidad para el futuro funcionamiento de la FE y la eventual existencia de un futuro proceso europeo) aunque no puede calificarse la norma ni de novedosa ni de arriesgada. Y así, se limita a consagrar los mínimos sobre los que existe un consenso europeo más o menos sólido (*in dubio pro reo, nemo tenetur*) y circunscribe su ámbito a los aspectos menos problemáticos o dispares, dejando fuera el debate sobre las personas jurídicas, la presunción en los procesos no estrictamente penales y el tema de la eficacia probatoria de las diligencias obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, quizá los más interesantes y complejos.

Es sin embargo positivo que sin género de duda asuma la ampliamente tuitiva doctrina del TEDH sobre todo en cuanto a la duración del derecho, aplicándose a todo sospechoso al margen de la formalización o notificación de dicha calidad (sea imputado, acusado o incluso testigo al que se le formulan preguntas que pudieran incriminarle) y permaneciendo hasta la firmeza de la Sentencia.

Es igualmente loable que incluya como destinatarios a todas las autoridades públicas frente al peligro creciente de “juicios paralelos” que pudieran afectar a la misma no solo por actuaciones lesivas de derechos fundamentales protagonizadas por la prensa sino también en su caso por fuentes policiales. En cuanto a la tutela judicial de la presunción de inocencia es esencial la obligación que establece de arbitrar recursos efectivos si bien la Propuesta se limita a imponerla al legislador nacional. Como se reseñaba *ut supra* se ha perdido la oportunidad de aproximar siquiera en los aspectos más relevantes las legislaciones naciones en materia de procedimiento de obtención de pruebas en relación con el delicado tema de injerencia en su obtención o práctica en los derechos fundamentales del imputado, básico para el desarrollo de una eficaz instrucción en un proceso transnacional y que hubiera sin duda optimizado los resultados de la puesta en marcha de la OEI y por ende el éxito de la cooperación judicial penal.⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ Quizá la regulación armonizadora del *nemo tenetur* sea el mayor logro de esta Propuesta, por ello merecedor de tratamiento específico, sin perjuicio de lo ya desarrollado con ocasión del derecho de defensa.

b) Un paso más: Unificando el *Nemo tenetur*

El derecho a la presunción de inocencia subsume el derecho al silencio total y parcial del imputado, que incluye por lo tanto el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable así como el derecho a no cooperar en las diligencias probatorias que pudieran afectar negativamente a su defensa. (*Nemo tenetur prodere seipsum*). Son normas internacionales que gozan de reconocimiento general y se encuentran en el núcleo de la noción de juicio justo del artículo 6 del CEDH. Según el TEDH, se hallan intrínsecamente vinculadas a la presunción de inocencia consagrada en el artículo 6, apartado 2, del CEDH. Su lógica radica, entre otras cosas, en la protección del acusado frente a una coerción abusiva de las autoridades, lo que contribuye a evitar errores judiciales y a cumplir los objetivos del artículo 6 del CEDH. Su fin primordial (según ha recogido la Propuesta) es respetar la voluntad de los sospechosos o acusados de guardar silencio y, en particular, presupone que la acusación en un asunto penal ha de demostrar los cargos que se imputan a los sospechosos o acusados sin recurrir a pruebas obtenidas con métodos coercitivos u opresivos, contra la voluntad de aquellos.

Reconocido expresamente en el art 24 CE y por una vasta jurisprudencia del TC español y del TEDH⁶⁷¹ y también objeto de abundantes pronunciamientos del TJ, está presente en la mayoría de los ordenamientos europeos si bien la Propuesta de Directiva acertadamente se ha detenido en su expreso reconocimiento, por formar parte de la noción del proceso justo y entender por ello esencial afrontar una mínima armonización relativa a esta concreta garantía.⁶⁷² Señala la Propuesta, que el TEDH (tras fijar los requisitos esenciales del art 6, apartado 2, del CEDH en relación a la presunción de inocencia) reconoce además la existencia de un claro nexo entre la presunción de inocencia y otros derechos a un juicio justo, en el sentido de que la vulneración de los segundos compromete ineludiblemente el primero. Los enumera literalmente como el “derecho a no autoinculparse, el derecho a no cooperar y el derecho a guardar silencio,” todos ellos interrelacionados bien que consagrados en dos preceptos correlativos.

Supone en su conjunto una garantía de no autoincriminación a través de conductas activas o pasivas que abarca tanto el derecho a guardar silencio como a no

⁶⁷¹ Las más representativas, las ya citadas (por todas, FUNKE, MURRAY y SAUNDERS).

⁶⁷² Vid. GALERA RODRIGO, S., “The right to a fair trial in the EU: Lights and shadows,” *Revista de Derecho Político*, UNED nº 87, Madrid, 2013 pp. 51-75.

cooperar en la obtención de pruebas que puedan desvirtuar su presunción de inocencia. Dos temas clave para analizar este derecho en su dimensión europea, serán de un lado su aplicación o no a las personas jurídicas y de otro, la posible confusión entre la vulneración de dicha garantía y otros derechos fundamentales en que pueda interferir la actividad probatoria (derecho al secreto de comunicaciones, intimidad, dignidad, integridad corporal...) así como sus consecuencias jurídicas para el acervo probatorio.

En cuanto a las personas jurídicas, ya se ha señalado que han sido expresamente excluidas del ámbito material de la norma, simplificando así su contenido y favoreciendo su posible aprobación futura, toda vez que el tratamiento del *nemo tenetur* y la presunción de inocencia ha venido siendo diferenciado entre personas físicas y jurídicas, no sólo a nivel nacional entre los distintos Estados miembros sino también entre las respectivas jurisprudencias del TEDH y TJ con pronunciamientos discrepantes entre sí.⁶⁷³ En la exposición de motivos de la Propuesta se señala que, conforme reconoce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el derecho a no autoinculparse “el derecho a la presunción de inocencia cubre distintas necesidades y niveles de protección según se trate de personas físicas o jurídicas, por lo que La Directiva tiene en cuenta estas diferencias y, por lo tanto, se aplica únicamente a las personas físicas”. Ello no supone que se excluya en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia y por ende el *nemo tenetur* en relación a las personas jurídicas en el seno de la UE, sino que, por las peculiaridades propias de su naturaleza y ámbito de actuación aconsejan su exclusión de la concreta regulación de esta Directiva, evitando así nuevos conflictos hermenéuticos y en riguroso respeto al principio de proporcionalidad.⁶⁷⁴ Expresamente especifica que “El derecho de las personas jurídicas a la presunción de inocencia está protegido por garantías previstas en las legislaciones nacionales y de la Unión, conforme a la interpretación de los Tribunales y del Tribunal de Justicia, así como en el CEDH, conforme a la interpretación del TEDH” añadiendo que se considera prematuro legislar al nivel de la Unión sobre la presunción de inocencia de las personas jurídicas.

⁶⁷³ Sirvan como ejemplo de la doctrina del TEDH además de las ya citadas, las dictadas en asuntos *J.B. v. Suiza* nº 31827/96, 3 de mayo de 2001, Reports 2001-III y en *HEANEY AND McGUINNESS v. Irlanda*, nº 34720/97, 21 de diciembre de 2000, Reports 2000-XII. Y en cuanto al TJ destacan las Sentencias dictadas en: Asunto 374/87, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 18 de octubre de 1989, (ECLI:EU:C:1989:387); Asuntos acumulados C-65/02 P y C-73/02 P, *ThyssenKrupp Stainless GmbH (C-65/02 P) y ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA (C-73/02 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 14 de julio de 2005, (ECLI:EU:C:2005:454) y Asunto C-308/04 P, *SGL Carbon AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 29 de junio de 2006, (ECLI:EU:C:2006:433).

⁶⁷⁴ “Se mantiene y respeta, por lo tanto, el enfoque gradual de la intervención del Derecho de la Unión, especialmente en el ámbito de los derechos de las personas en los procesos penales. Toda iniciativa futura que se considere en este campo dependerá de la evolución de la legislación nacional y de la jurisprudencia”.

En el mismo sentido ha de tenerse en cuenta que la Propuesta sólo se adopta para los procesos penales *stricto sensu*. Y es con ocasión de la mayoría de los procedimientos de otra naturaleza, cuando ha tenido ocasión el TJ de manifestar su postura en cuanto al *nemo tenetur* de las personas jurídicas y especialmente en cuanto al alcance del derecho a no cooperar o facilitar documentación en relación con las facultades inspectoras y sancionadoras de la Comisión, lo que también podría tener relevancia en posteriores procesos penales que derivasen de aquellos. El TJ, si bien ha mantenido que las compañías tienen el deber de cooperar activamente con las medidas de investigación de la Comisión, no por ello ha establecido que hayan de inculparse admitiendo la infracción de normas de competencia. El TJ ha sido sin embargo restrictivo en la aplicación del *nemo tenetur* a las compañías considerando que salvo que la respuesta exigida implique reconocer directamente la participación en el ilícito, el interesado debía facilitar toda la información que se le solicite y en particular toda aquella consistente en datos objetivos, aunque estos pudieran ser reveladores a la postre de su conducta infractora.

Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH, de un tenor más garantista, ha venido constatando que los testimonios obtenidos bajo compulsión en esos procedimientos administrativos aunque en apariencia no fueran inculcatorios (alegaciones exculpatorias o mera información de cuestiones fácticas) podrían ser luego usados *contra reo* en procedimientos penales. Para evitar lo que consideraba una conculcación del derecho de defensa por tal motivo, concluía que no podría invocarse el interés público para utilizar esas respuestas aportadas coactivamente en una investigación no judicial en un ulterior proceso penal en contra de los derechos del acusado.⁶⁷⁵

En cuanto a los derechos de las personas físicas que sí son objeto de ese intento de aproximación a nivel europeo (*nemo tenetur*), la Propuesta de Directiva reconoce los

⁶⁷⁵ Vid. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, "The charter of fundamental rights of the European Union and the right to defend oneself", *Revista de Derecho Político*, UNED nº 87, Madrid, 2013. Examina el autor la relación entre esta garantía y las cuestiones suscitadas por el deber de cooperación con las autoridades, examinando las facultades fiscalizadoras de la Comisión. Concluye, sobre la discordante jurisprudencia del TJ y TEDH en la materia que: "el TJ a pesar de señalar la importancia que concede al *case law* del TEDH difiere del mismo siendo imposible directamente extrapolar las conclusiones de éste a las compañías (*diverges from it completely in the judgements in the cases of Funke and Saunders, the justification for this interpretation has been provided in numerous judgements focusing first of all, on the fact that is not possible to merely extrapolate the finding of the ECHR to corporate bodies or companies....*) Señala que la posición del TJ da preferencia a las "Community administrative rules" pero que aunque "the right to defend oneself does not apply in administrative proceedings, cannot lead to data collected without any form of controls being subsequently used in criminal proceedings". Ello vulneraría el art. 6 CEDH y arts. 47 y 48 Carta. (pp. 79-99). Sobre la misma problemática y discrepancia jurisprudencial: GARCÍA BERRO, F., "La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno" en SÁNCHEZ PINO, A.J. y SANZ CLAVIJO, A. (dirs.) *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, servicio de publicaciones, 2011, pp.117-141.

derechos que nos ocupan de forma independiente en los artículos 6 y 7. Y así el “derecho a no autoinculparse y a no cooperar” es reconocido para los sospechosos o acusados en cualquier proceso penal⁶⁷⁶ matizando que “no se extenderá al uso, en los procesos penales, de material que pueda recabarse de los sospechosos o acusados mediante el uso legítimo de los poderes coercitivos, pero que tenga entidad independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados” (art.6).

La exposición de motivos y considerandos de la Propuesta aclaran que ese material abarcado por el uso legítimo de los poderes coercitivos será por ejemplo “el material obtenido con arreglo a una orden judicial o el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre orina y tejidos corporales para el análisis del ADN”.

A continuación, se garantiza el derecho a guardar silencio para sospechosos o acusados “cuando les interroga la policía, otra autoridad con funciones coercitivas o las autoridades judiciales en relación con la infracción penal de cuya comisión sean sospechosos o acusados”. Se exige a continuación el derecho de información de este derecho y “su contenido” estableciendo que Los Estados miembros informarán inmediatamente a los sospechosos o acusados de su derecho a guardar silencio, explicándoles el contenido de este derecho y las consecuencias de su renuncia e invocación) (art.7).

Parece un tanto anómalo que sólo se explicita el derecho de información respecto a ese segundo derecho (la Propuesta se remite a la Directiva específica en la materia, Directiva 2012/13/UE) cuando la doctrina mayoritaria viene considerando la evidente interrelación entre ambos derechos, siendo el derecho al silencio omnicomprensivo de los otros (que entrañarían una suerte de derecho al silencio parcial-silenciar declaraciones o conductas colaboradoras que pudieran ser inculpativas). La redacción en todo caso es confusa ya que si efectivamente se entendiera que en esa información del contenido de ese derecho del art 7 se incluyen los del art. 6 no tendría mucho sentido haber acometido su regulación en preceptos independientes. (Ha de esperarse que en la redacción final se subsane dicho extremo por seguridad jurídica, extendiendo expresamente a ambos preceptos la obligación de información).

⁶⁷⁶ Como el resto de garantías del art. 6 del CEDH, y todo el ámbito de la Propuesta, se aplican también a la fase prejudicial del proceso penal y a los testigos que, en realidad, sean sospechosos de algún delito, considerando irrelevante al efecto la calificación formal de la persona.

Destaca la Propuesta que estos derechos son “aspectos importantes de la presunción de inocencia”. En cuanto al derecho a no autoinculparse y a no cooperar destaca la necesidad de limitar la coerción que puede efectuarse sobre los sospechosos o acusados, señalando (en los considerandos) los factores a tener en cuenta para determinar en su caso cuando esa coerción no vulnera el *nemo tenetur*, (a la luz del conjunto de circunstancias del caso: la naturaleza y el grado de la coerción con que se han obtenido las pruebas, el peso del interés público en la investigación y en 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). Aclara que “el grado de coerción ejercido para compelerles a aportar información relacionada con los cargos que se les imputan no puede aniquilar, ni siquiera por motivos de seguridad y de orden público, la esencia de su derecho a no autoinculparse y a guardar silencio”. Debe en cualquier caso respetarse el artículo 3 del CEDH, relativo a la prohibición de la tortura, en la interpretación dada por el TEDH.

El derecho a guardar silencio a su vez, debe servir como protección frente a la autoinculpación. Los tres derechos deben aplicarse a los aspectos pertinentes para la infracción de cuya comisión se sospecha o acusa a la persona y no, por ejemplo, a las cuestiones relacionadas con su identificación personal.

Sin embargo, no siempre es fácil discernir si efectivamente se ha producido una violación de estas garantías procesales o en su caso, de otros derechos fundamentales materiales que pudieran verse afectados por la práctica de una prueba. En ocasiones, respecto a determinadas prácticas probatorias, los Tribunales pese a haber descartado la lesión de otros derechos fundamentales aparentemente en conflicto con aquellas, han considerado vulnerado precisamente el *nemo tenetur*.⁶⁷⁷

⁶⁷⁷ Valga como ejemplo en nuestro ordenamiento nacional, el caso del agente encubierto en que la jurisprudencia ha considerado que si se graba una conversación por el infiltrado con los delincuentes, tal diligencia no afectará al secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE) sino en su caso al derecho a la intimidad, (STS (Sala de lo Penal)1354/2005 de 16 de noviembre de 2005, (Recurso nº 419/2005) ECLI:ES:TS:2005:6968). Con la revelación de esa conversación por el agente encubierto.... sí podría vulnerarse el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable del interlocutor, impidiendo que ex. art. 11.1 LOPJ pudiera dictarse una condena penal *solo* basada en dicho reconocimiento, declaración de culpabilidad que vulneraría su derecho a la presunción de inocencia. En el mismo sentido, en cuanto a inspecciones y registros corporales e intervenciones corporales la STC 207/1996 distinguía entre los derechos fundamentales predominantemente afectados en cada caso. Y señalaba que “cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (exámenes ginecológicos) o para el descubrimiento del objeto de delito (inspecciones anales o vaginales) en principio no afectan al derecho a la integridad física al no producirse por lo general lesión o menoscabo del cuerpo pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (18.1CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad”. (STC (Sala 1ª) 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, (Recurso de amparo 1.789-1996), BOE núm. 19 de 22 de enero de 1997). Otras intervenciones corporales (vgr. Extracción de elementos corporales

Una vez discernidos en cada caso los derechos en conflicto habrá de tenerse en cuenta si el grado de coerción sobre el imputado es el mínimo necesario y en su caso, amparado por una finalidad proporcionada de averiguación del delito. La divergente regulación del derecho comparado europeo en la materia y entre la propia jurisprudencia del TJ y TEDH, ha contribuido a crear un panorama europeo confuso sembrado de conclusiones dispares. Es por ello positivo que la Propuesta al menos establezca de forma palmaria cómo un mínimo de coerción (según determinados parámetros) es permisible, separando claramente los supuestos de investigación del delito y mera identificación del delincuente (afectando el *nemo tenetur* a los primeros) y explicitando que existe un material (obtenido con arreglo a una orden judicial o respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre orina y tejidos corporales para el análisis del ADN). Que sí puede recabarse de los sospechosos o acusados mediante el uso legítimo de los poderes coercitivos, pero que ha de tener “entidad independientemente de la voluntad” de los sospechosos o acusados”.

La excepción que formula esta norma sobre “material que pueda recabarse de los sospechosos o acusados mediante el uso legítimo de los poderes coercitivos” se refiere al amparado por *orden judicial* u obligación de cooperación *ex lege*. No es tan fácil determinar en cada ordenamiento nacional el alcance de ambos supuestos y menos aún el requisito adicional de que en tales casos (para que no despliegue sus efectos el *nemo tenetur*) ha de tener “entidad independientemente de la voluntad de los sospechosos o acusados”.

EL TEDH (y la doctrina jurisprudencial de la mayoría de los Estados miembros, aunque con distinto alcance) venía declarando la legitimidad de medidas coactivas para la obtención de muestras aliento, sangre, orina o tejidos e incluyendo (frente al derecho a no cooperar) la posibilidad de obtención de documentos por las autoridades en virtud de mandato judicial.

En cuanto a las primeras, se estima que estas garantías procesales han de ceder frente a la preservación del derecho a obtener vestigios del delito, considerando que la conculcación de la voluntad del imputado o su intervención cooperadora es mínima y que dicha coacción esta legítimamente amparada si hay resolución judicial motivada y proporcionada que ha sopesado el debido equilibrio entre la finalidad de la prueba

externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis sangre, orina, pelos, uñas...) o exposición a pruebas radiológicas afectarían según la jurisprudencia al derecho de integridad física (art. 15CE) en tanto implican “lesión o menoscabo del cuerpo siquiera en apariencia externa”.

(bienes jurídicos en juego) y los derechos del imputado (procesales y materiales). Se entiende que la autoridad judicial que lo autoriza ha efectuado un juicio de necesidad y proporcionalidad de la prueba.

En el mismo sentido, en cuanto a supuestos en que la mínima coerción al imputado está positivizada, el TEDH ha expresado su legitimidad.⁶⁷⁸ Ambos supuestos están lógicamente amparados en la excepción del art 6 de la Propuesta, si bien más problemático será discernir cuándo puede quedar también amparado un grado de coerción mayor y qué supuestos probatorios tendrán “entidad independientemente de la voluntad” de los sospechosos.

Y así las posiciones doctrinales y jurisprudenciales son discrepantes en cuanto a intervenciones corporales de mayor entidad (que afecten directamente al derecho a la integridad física) y no solo en cuanto a la necesidad de autorización judicial en tales casos (que es casi unánime) sino en cuanto a si es posible vencer directa y coactivamente la negativa a someterse a dichas pruebas cuando ya existe esa orden judicial. El TEDH, que admitía la mínima compulsión cuando el daño soportado es menor (extracción sangre, cabellos o tejidos) o que exigía una colaboración acorde con el funcionamiento orgánico normal (aliento, orina, pruebas de voz) ha venido excluyendo la posibilidad de ir más allá alterando el normal funcionamiento del organismo.⁶⁷⁹ En tal caso ha matizado que no puede identificarse el concepto de preexistencia con existencia independiente de su voluntad.⁶⁸⁰

En nuestro ordenamiento nacional tampoco la cuestión es pacífica y sigue vigente el debate sobre el problema de establecer el grado de compulsión o coacción física que podría efectuarse frente al imputado en determinadas intervenciones corporales, ofreciendo soluciones doctrinales y jurisprudenciales muy divergentes por la imprecisión legislativa en la materia. Mayoritariamente se señalaba que la prueba de ADN no puede considerarse válida si la decisión de la intervención no está amparada por una resolución judicial debidamente razonada y proporcional a la naturaleza del

⁶⁷⁸ En STEDH (dictada en *O'HALLORAN AND FRANCIS v. RU*, nº 15809/02 y 25624/02, 29 de junio de 2007, Reports 2007-III), se analiza la norma británica que tipifica como infracción autónoma negarse a facilitar los datos de un conductor en el momento de la infracción. El TEDH concluye que si bajo esa coacción se admite ser el autor no se infringe el *nemo tenetur*. (En el mismo sentido habría que interpretar la normativa penal española en materia de delitos contra la seguridad vial en que si el conductor se niega a someterse a la prueba de detección etílica –aire espirado- puede ser imputado de un delito autónomo. Sería un supuesto tipificado penalmente que no vulneraría tampoco el *nemo tenetur*).

⁶⁷⁹ Vgr. utilizando eméticos o anestésicos que fueran precisos para la extracción de droga alojada en el interior del cuerpo del imputado.

⁶⁸⁰ Vgr. en la citada STEDH de 11 julio de 2006, (as. *JALLOH v. Alemania*), el Tribunal no considera admisible cualquier medida coactiva para su obtención, entendiendo que el derecho a no autoincriminarse impide obtener mediante medios más agresivos la droga que se encuentra en el organismo, como forma de torcer su voluntad de no entregarla.

delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación, excluyendo la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva coactiva sobre la persona. Se ha planteado dudas sobre la validez de la prueba realizada con autorización judicial para extraer muestras para análisis de ADN a una persona detenida a la que no se había informado de su derecho a no autoinculparse y que aún carecía de asistencia letrada. El art. 778 LECRIM se limita a consagrar únicamente la habilitación legal para practicar la prueba de ADN por orden judicial sin perjuicio de que la policía puede recoger restos genéricos o muestras biológicas abandonadas por un sospechoso sin necesidad de autorización judicial. Pero cuando el sospechoso no consienta la toma de muestras pese a la autorización judicial las posturas son discrepantes, entre los que (ex arts. 326 y 363 y 778.3 LECRIM) consideran que sí hay base normativa suficiente para que se haga coactivamente (mediante *un frotis*) empleando fuerza coactiva mínima, pero estrictamente necesaria y quienes consideran que tendría que haber existido una Ley Orgánica que habilitase expresamente dicha coacción.⁶⁸¹

En el derecho comparado se encuentran otras soluciones en ocasiones más explícitas o detalladas pero igualmente se mantienen discrepancias hermenéuticas.⁶⁸²

En cuanto al concepto de prueba que tenga “entidad independientemente de la voluntad” de los sospechosos, su delimitación ha sido afrontada también por la jurisprudencia del TEDH (y de forma diferente por el propio TJ) sobre todo en cuanto a la extensión del derecho a no cooperar en relación a la aportación de documentos. Y así, una parte de la doctrina interpretaba la jurisprudencia del TEDH muy restrictivamente entendiendo que el *nemo tenetur* sólo excepcionaba una coactiva exigencia documental cuando los documentos no tuvieran existencia cierta o hubieran de ser elaborados *ex novo* por el imputado o sospechoso.⁶⁸³ Dicha postura no es unánime en tanto que otros autores señalaban que el TEDH ha amparado el *nemo tenetur* también en cuanto a la negativa a aportar extractos bancarios o justificantes de

⁶⁸¹ Tratando de evitar tales problemas hermenéuticos, se afronta una regulación detallada de esta materia en el actual Proyecto de Código Procesal, si bien restan importantes lagunas en el mismo. Especifica los supuestos en que la policía puede recoger muestras “abandonadas” siempre sin engaño o coacción, permite en supuestos de urgencia que el Fiscal autorice alguna intervención corporal en caso de riesgo y detalla en qué casos no basta con el mero consentimiento del imputado que ha de prestarse incluso a presencia letrada. Sin embargo deja sin resolver el supuesto de la coerción directa que pueda o no emplearse en cada caso de ser rechazada la orden judicial. Solo en los registros corporales externos explicita que “podrá llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

⁶⁸² En RU se admite el empleo de la fuerza física para la obtención de muestras biológicas no íntimas y también en Alemania la Ley Procesal permite su obtención médica sin consentimiento del inculcado, Dinamarca y Portugal permiten medias coactivas bajo determinadas condiciones e Italia exige respeto a la dignidad y pudor.

⁶⁸³ Vgr. As *FUNKE Y SAUNDERS* (ya citados en nota 220) en que el TEDH consideraba vulnerado el derecho a silencio y a no inculparse tratando de compeler a un ciudadano alemán a entregar documentos cuya existencia no era del todo segura.

inversiones preexistentes o de existencia indubitada. Esta corriente considera que no ha de equipararse “existencia independiente de la voluntad a mera *preexistencia*”.⁶⁸⁴

Habrà que esperar al texto definitivo en que cristalice la Propuesta y a su posterior implementación nacional. El texto actual es quizá deliberadamente impreciso (de conformidad con su finalidad de armonización *de mínimos*) y previsiblemente evolucionará en forma paralela a la doctrina jurisprudencial europea del TEDH. (En estos supuestos no tendrá tanta relevancia la divergencia entre los dos altos Tribunales europeos, TEDH y TJ en tanto que se centraba la misma sobre todo en relación a las personas jurídicas que precisamente han sido excluidas absolutamente del ámbito de esta norma).

Examinados tales aspectos, resta determinar las garantías que prevé la propuesta para asegurar la eficacia de tales derechos. Y así, en cuanto a las consecuencias del ejercicio del *nemo tenetur*, los artículos 6.3 y 7.3 con idéntica redacción señalan que el ejercicio de tales derechos “no se usará en contra de los sospechosos o acusados en una fase posterior del proceso y no se considerará una corroboración de los hechos”.

También se fija en forma idéntica las consecuencias de vulnerar tales preceptos (art 6.4 y 7.4) señalando que las pruebas obtenidas en vulneración de dichos artículos serán “inadmisibles, salvo si su uso no menoscaba la equidad global del proceso”.

Así pues la Propuesta trata de garantizar expresamente la efectividad de esos derechos y que los sospechosos o acusados no teman que su falta de cooperación o su silencio pueda volverse en su contra en una fase posterior del proceso penal. En sentido complementario, la norma matiza que ello no debe impedir a los Estados miembros, a la hora de determinar la pena concreta, tener en cuenta las actitudes cooperativas. Sin embargo esa redacción aparentemente tan tajante (“no se usará en contra”) habrá de ser sin duda matizada ya que tanto la jurisprudencia europea como la española (y de otros Estados miembros) sí han otorgado, bien que con determinados requisitos y de forma restrictiva, determinadas consecuencias probatorias *contra reo* a su recurso al silencio o derecho a no cooperar. Obviamente siempre sin alcanzar la entidad de una “corroboración de los hechos”. Y así, jurisprudencialmente se ha venido manteniendo que el derecho al silencio no es absoluto pudiendo extraerse conclusiones

⁶⁸⁴En tal sentido, GARCÍA BERRO, F., que añade que “el fundamento principal del derecho a no inculparse se encuentra en la obligación que incumbe a las autoridades de probar su acusación sin recurrir a métodos de presión que impliquen forzar la voluntad del interesado hasta doblegarla para que sea este quien aporte las pruebas,” *op.cit.*, nota 675, p. 133.

desfavorables del mismo “cuando el Juez exprese en sentencia las razones lógico jurídicas que le llevan a esa convicción”.⁶⁸⁵

La invocación de tales garantías se han valorado como un indicio de culpabilidad si la negativa a cooperar carece de justificación o explicación pudiendo ser entonces sopesada racional y lógicamente esa actitud, pero siempre conectada con el resto de la prueba. Es precisa la existencia de una actividad probatoria de cargo complementaria o se vulnerará el derecho a la presunción de inocencia.⁶⁸⁶

La referencia que hace la Propuesta a los posibles beneficios penológicos de “actitudes cooperativas” y a la naturaleza renunciante de las citadas garantías, pone el tema en relación con el valor como prueba de cargo que puede alcanzar la declaración del imputado, la repercusión de las declaraciones de otros coimputados en la misma causa y el tema de la confesión o declaración autoincriminatoria.

Tanto el TEDH como el TC se han pronunciado sobre las declaraciones autoinculpatorias que no menoscabarán las citadas garantías siempre que se constate su voluntariedad.

En cuanto al efecto de una confesión frente a coimputados, partiendo de su calidad procesal que permite al imputado acogerse al derecho al silencio y declarar sin obligación de decir la verdad (inmunes a la comisión de falso testimonio), el TC ha señalado que “la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, (...), no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas (...), y, además, la contradicción en la que aquél incide no fue objeto de confrontación”.⁶⁸⁷ En todo caso, el valor de las declaraciones de coimputados como prueba de cargo ha de ser matizada precisamente por imperativo del *nemo tenetur* que impide otorgarles una presunción de veracidad.

⁶⁸⁵ Vgr. la célebre STEDH de 8 de febrero de 1996 (as. *MURRAY vs RU*), constataba que una condena que se basara única o principalmente en la negativa a declarar es contraria al CEDH. Pero la cuestión de si es infringido el derecho a la presunción de inocencia por las consecuencias desfavorables extraídas del silencio depende de la importancia que les atribuyan los tribunales nacionales en la valoración de las pruebas de cargo y del grado de coerción ejercida (citada en nota 220).

⁶⁸⁶ En tal sentido, el TS venía estableciendo que la negativa del imputado es un indicio que conjugado con los demás puede justificar la condena pero en ningún caso por sí misma y aislada de los demás hechos. (STS (Sala de lo Penal Sección 1) 25/1998 de 15 de enero de 1998, (Recurso nº 1681/1997) (ECLI: ES: TS: 1998:103).

⁶⁸⁷ Vgr. la STC 49/1998 en que reconoce el Alto Tribunal que puede el coimputado en su declaración omitir total o parcialmente determinados extremos o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ex art. 24.2 de la Constitución, (garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa). (STC (Sala 2ª) 49/1998, de 2 de marzo de 1998, (Recurso de amparo 1.323-1996), *BOE* núm. 77 de 31 de marzo de 1998), (FJ 5º).

El TS ha admitido la posibilidad de utilizar la confesión voluntaria de un imputado como prueba de cargo pese a la ilicitud de resto de pruebas, basándose en la espontaneidad y voluntariedad de su autoincriminación estableciendo una desconexión causal entre prueba ilícita y confesión acusado. Esa doctrina, avalada por el TC ⁶⁸⁸ ha sido sin embargo objeto de duras críticas que exigen un detenido análisis del conjunto probatorio bajo esa perspectiva del *nemo tenetur* y presunción de inocencia. ⁶⁸⁹

Parece esencial que en tales casos, la confesión se produzca con pleno conocimiento del imputado sobre la nulidad de la restante prueba practicada, ya que en caso contrario podría estar viciada su voluntad, creyendo segura una condena que sin embargo es improbable. Aquí será esencial la salvaguardia rigurosa del derecho a la información y a una asistencia letrada “de calidad”. ⁶⁹⁰

Finalmente, para la plena eficacia del *nemo tenetur*, la Propuesta de Directiva establece la prohibición del uso de pruebas obtenidas en violación de esos derechos, salvo en los casos muy excepcionales en los que esas pruebas no vayan en detrimento de la equidad general del proceso. Pierde una importante oportunidad la Propuesta de explicitar a qué se refiere con esa *salvedad relativa a la equidad general del proceso* que podría atenuar en gran manera el efecto anulatorio de la prueba producida con vulneración de estos derechos y sus consecuencias. En defecto de aclaración adicional, habrá de seguirse la doctrina del TEDH sin olvidar a nivel nacional la muy distinta aplicación que se realiza en cada Estado miembro en materia de prueba ilícita y prohibida.

Merece en todo caso un juicio muy positivo el contenido de la armonización pretendida en materia propia del *nemo tenetur*, sin duda un paso decidido dentro de la tímida armonización prevista en materia de presunción de inocencia.

⁶⁸⁸ Vgr, la STC 161/1999, en que pese al registro ilegal el condenado admitió voluntariamente la tenencia droga y se entendió que la confesión no tenía conexión de antijuridicidad con el registro practicado con vulneración de derechos fundamentales y se admitió la condena. Consideró el TC que no existía aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. (STC (Sala 2ª) 161/1999, de 27 de septiembre de 1999, (Recurso de amparo 2.294-95), BOE núm. 263 de 03 de noviembre de 1999). A su vez, el TS, vgr. en la STS 18 de julio de 2002, exigía un especial análisis de las condiciones en que se produjo la confesión para constatar que la voluntad estaba autodeterminada y no viciada. En esa resolución se niega la posibilidad de admitir efectos derivados de dicha confesión a otros coimputados. (en cuyo caso sí sería un aprovechamiento *indirecto* del resultado del acto ilícito). (STS (Sala de lo Penal, Sección: 1) 1203/2002 de 18 de julio de 2002, (Recurso nº 3269/2000) (ECLI: ES: TS: 2002:5439).

⁶⁸⁹ Otro ejemplo de “reduccionismo garantista de los tribunales” en palabras de GÓMEZ COLOMER, (*op.cit.*, nota 624).

⁶⁹⁰ Muy interesante RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Confesión del Imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida. Perspectiva jurisprudencial*, Bosch, 2005.

D. *NE BIS IN IDEM*: SU DIMENSIÓN TRANSNACIONAL EN MATERIA PENAL

D1. TENTATIVAS DE ARMONIZACIÓN Y UN PUSILÁNIME INTENTO DE PREVENCIÓN DE PROCESOS PARALELOS EN EL SENO DE LA UE

Si existe una garantía procesal penal con especial relevancia desde el punto de vista transnacional europeo, ésta es precisamente la correspondiente al principio de *ne bis in idem*, en su doble vertiente material y procesal; como prohibición de doble sanción (*nemo debet bis puniri pro uno delicto* -nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito-) y de doble enjuiciamiento o proceso (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* -nadie puede ser enjuiciado dos veces por el mismo delito-). Es el *ne bis in idem* un aforismo que nace como una regla de lógica discursiva y se traslada al ámbito jurídico como elemento de solución a la tensión entre seguridad formal y justicia material.⁶⁹¹

Es vertiente de la res iudicata en la doble dimensión de prohibición de doble sanción y doble enjuiciamiento de mismos hechos y sujetos (efecto negativo de la cosa juzgada material que veda la posibilidad de iniciar un procedimiento si existe identidad fáctica y subjetiva con un proceso penal previo, finalizado por sentencia firme).⁶⁹²

Reconocido con muy distinta extensión y límites en casi todos los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, en el ordenamiento español su contenido se encuentra dentro del derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la CE.⁶⁹³

De larga tradición jurídica, ha sido proclamado con distinto alcance en diversos instrumentos internacionales como en el PIDCP (art. 14.7)⁶⁹⁴ y en el protocolo 7 del

⁶⁹¹ ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (coords), *El principio ne bis in idem en el Derecho Penal Europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007.

⁶⁹² COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Conflictos de jurisdicción, *ne bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., (coords) *El principio de ne bis in idem en el Derecho Penal Europeo internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (2007).

⁶⁹³ "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

⁶⁹⁴ "Nadie pue ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" (art. 14.7).

CEDH (art.4.1).⁶⁹⁵ También en los artículos 54 a 58 del CAAS (Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de julio de 1990)⁶⁹⁶ y finalmente, (y dentro del ámbito estricto de la UE), ha sido consagrado en el artículo 50 de la CDFUE como derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico de la UE, con valor de derecho originario. El reconocimiento internacional de este principio en el Pacto y en el CEDH circunscribía su alcance al ámbito interno nacional de cada Estado signatario mientras que el CAAS y la Carta proclamaban su eficacia transnacional.

El Acervo de Schengen no es aplicable en igual medida a todos los Estados de la UE, extendiéndose además a otros Estados europeos terceros. Dicho Convenio instauró un sistema que combinaba la gestión de un proceso de control de fronteras exteriores y mecanismos que aseguraran elevado nivel de seguridad y cooperación policial y judicial en el territorio europeo (incorporado al ámbito del derecho de la UE por el Tratado de Ámsterdam), pasando sus disposiciones a integrar el ordenamiento de la UE y quedando sometido a la competencia jurisdiccional del TJ. Y fue precisamente, con ocasión de la doctrina jurisprudencial emanada de dicho Tribunal al acometer la labor de interpretación de los referidos preceptos (arts. 54 y ss) cuando empezó a perfilarse el contorno “europeo” de este principio, ya indudablemente consagrado de forma autónoma como derecho fundamental en la posterior redacción del art 50 de la CDFUE.

Y así, el artículo 54 CAAS disponía que “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

Atendiendo a la naturaleza no absoluta de este principio, el artículo 55 autoriza a los Estados (mediante la correspondiente declaración) a excluir la estricta aplicación del anterior precepto en supuestos taxativos: cuando los hechos de la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio (no si tuvieron lugar en

⁶⁹⁵ Reza el art. 4 del protocolo 7 al CEDH : 1. “Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento de ese Estado”.

⁶⁹⁶ Este principio también se proyecta en el ámbito de delitos más graves contra la comunidad internacional competencia de la CPI (Corte Penal Internacional) o Tribunales creados *ad hoc* por la ONU para juzgar crímenes en Ruanda y Antigua Yugoslavia, todo ello asumiendo una finalidad de lucha contra la impunidad y resultando especialmente problemática la aplicación del principio de justicia universal. Al respecto, *vid.* NIETO MARTÍN, A., “El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal Europeo e internacional” en ARROYO ZAPATERO, *op.cit.*, nota 691, pp.9-16. (Obviamente, el enfoque de este estudio no permite detenernos en esta cuestión pese a los apasionantes retos que plantea desde el punto de vista de la instrucción penal).

parte en territorio de la Parte contratante donde se haya dictado sentencia), cuando constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante o cuando hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante incumpliendo las obligaciones de su cargo.

A su vez, en estrecha relación con el principio de proporcionalidad, el artículo 56 señala que si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiera sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que en su caso se imponga deberán deducirse los periodos de privación de libertad que se hubieran cumplido en el territorio de esta última Parte contratante. (También se tendrán en cuenta en la medida que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que se hubieren aplicado).

Finalmente, el artículo 58 señala que las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *ne bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero. Se consagraba pues a nivel europeo mediante este Convenio una suerte de armonización de mínimos en torno al reconocimiento del *ne bis in idem* en su dimensión transnacional con plena conciencia de la muy distinta realidad tuitiva del mismo en cada uno de los Estados miembros.

En España, el principio *ne bis in idem*, no está consagrado directamente en la CE, si bien ha sido reconocido como derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora, en su vertiente del derecho a no ser doblemente sancionado por unos mismos hechos (Art. 25.1 CE) siendo susceptible de recurso de amparo constitucional dado su carácter fundamental y su vinculación con el nuclear principio de legalidad.⁶⁹⁷ El TC ha señalado la doble vertiente material y procesal del principio (proscripción de doble condena o sanción por idéntico hecho e igualmente de sumisión a más de un procedimiento por una misma causa). En este segundo aspecto, desde una perspectiva procesal podría lesionarse también el art. 24.2 en relación con el art. 25.1 CE. En el mismo caso, el fundamento legal de este principio deriva igualmente del artículo 10.2 CE, del artículo 9.3 CE, (principio de exigencia de racionalidad e interdicción de la

⁶⁹⁷STC (Sala 1ª) 177/1999, de 11 de octubre de 1999, (Recurso de amparo 3.657-94), BOE núm. 276 de 18 de noviembre de 1999.

arbitrariedad de los poderes públicos) así como del principio de seguridad jurídica y, por último, del principio de proporcionalidad.⁶⁹⁸

También en cuanto a su dimensión transnacional, desde hace años el Tribunal Supremo viene reconociendo el valor de cosa juzgada y la consiguiente interdicción del doble enjuiciamiento en relación con las sentencias extranjeras tanto condenatorias como absolutorias.⁶⁹⁹

Antes de que la Carta, (que lo proclama expresamente en su artículo 50 como el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción) alcanzase plena eficacia con valor de derecho originario tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, existió en el seno de la UE una fallida tentativa de armonización de este principio: la Propuesta griega de 26 de abril de 2003 con vistas a la adopción de una DM del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, iniciativa que no llegó a ver la luz⁷⁰⁰. Destacaba la misma el aumento de la delincuencia transfronteriza y la complicación subsiguiente de las cuestiones de jurisdicción entre Estados miembros así como la relevancia de la cuestión en los ámbitos del asilo, la inmigración y la extradición no solo dentro del marco de la Unión sino también en relación a los acuerdos entre la UE y los Estados miembros y también con terceros países. Recogía la Propuesta los hitos de la jurisprudencia del TJ recaída hasta entonces y su amplia interpretación sobre el ámbito de aplicación del principio.

Dicha Propuesta incluía el concepto de “sentencia definitiva” dictada por un Tribunal penal en un Estado miembro como resultado de procedimientos en materia penal, (incluyendo delitos e infracciones administrativas si cabía recurso jurisdiccional) mediante la cual se declare culpable o se absuelva al demandado o se suspenda el enjuiciamiento de manera definitiva, con arreglo a la legislación nacional de cada Estado miembro, incluyendo cualquier arreglo por mediación extrajudicial en materia penal; es decir, cualquier decisión que tenga estatuto de *res iudicata* con arreglo a dicha legislación interna. En cuanto a la delimitación del *idem*, asumía una perspectiva fáctica

⁶⁹⁸ Como expresamente recogió la sentencia del TC de 15 de octubre de 1990. (Nótese que en su dimensión europea también habrá de conectar con idénticos principios en su fundamento). (STC (Sala 2ª) 154/1990, de 15 de octubre de 1990, (Recurso de amparo 972-1988), BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 1990.

⁶⁹⁹ En el mismo sentido, el TC que reiteradamente ha predicado el valor de cosa juzgada (y por ende prohibición de doble enjuiciamiento) tanto a las sentencias extranjeras condenatorias como absolutorias (Auto TC 365/1997, de 10 de noviembre de 1997, Recurso de amparo 3.105/1997). Los requisitos jurisprudencialmente exigidos como veremos en el próximo epígrafe, difieren de los perfilados por el TJ.

⁷⁰⁰ Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión Marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem* (DO C 100 de 26 de abril de 2003, pp. 24/27).

del mismo: un segundo delito penal que solamente se derive, o se derive sustancialmente, de los mismos hechos, con independencia de su carácter jurídico.

Iniciaba su articulado proclamando el principio, declarando la “prohibición de ser procesada por los mismos hechos en otro Estado miembro si ya hubiere sido declarada inocente o si, en caso de haber sido declarada culpable, ya se hubiere cumplido o se estuviere cumpliendo la pena, o ya no pudiere seguir aplicándose con arreglo a la legislación del Estado de los procedimientos”.⁷⁰¹

Contenía también disposiciones sobre litispendencia y criterios de preferencia en materia de jurisdicción, a saber: el Estado miembro en cuyo territorio se haya cometido el delito; el Estado miembro del que el autor del delito sea nacional o residente; el de origen de las víctimas o en que haya sido encontrado el autor del delito. Tales criterios permitirían eventualmente asignar el procedimiento a uno de esos Estados previa consulta y, en tal caso, suspender los procedimientos pendientes en los demás Estados miembros hasta que se dictase una sentencia definitiva en el Estado miembro por cuya jurisdicción se hubiera optado.

La iniciativa helénica fue rechazada por el Consejo JAI en 2004 y si bien fueron suspendidos los trabajos en lo relativo al *ne bis in idem*, se consideró pertinente regular los conflictos de jurisdicción y la litispendencia a escala europea, como cuestión preventiva de los efectos de aquel, adelantando la solución frente a eventuales conflictos paralelos a través de un sistema de adjudicación de la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de hechos con puntos de conexión en varios Estados miembros.

Y así, el 23 de diciembre de 2005, la Comisión aprobó el Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales,⁷⁰² abriendo un proceso de consulta con las partes interesadas sobre posibles mecanismos de solución de conflictos de jurisdicción en materia penal y profundización en aquel principio. El fundamento de la regulación de la litispendencia internacional resulta similar al del *ne bis in idem* (tratando de impedir que, constatada la existencia de procedimientos idénticos paralelos en los Estados miembros puedan continuar ambos y derivar en un doble efecto punitivo). Plantea las mismas cuestiones hermenéuticas en cuanto a la determinación de la identidad objetiva y subjetiva de los procedimientos si

⁷⁰¹ Excepcionalmente permitía la repetición de los procedimientos si existen pruebas de nuevos hechos o circunstancias que hayan surgido tras la sentencia o en caso de que existiera un error básico en los procedimientos previos que hubiera podido afectar a su resultado, con arreglo al Derecho Penal y al procedimiento penal del Estado miembro de la causa procesal.

⁷⁰² Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales (23 de diciembre de 2005), (/COM/2005/0696 final *).

bien presenta la ventaja de anticipar la solución del problema, estableciendo un criterio de preferencia a favor de una jurisdicción nacional y permitiendo la suspensión del otro procedimiento sin que llegue a producirse la doble sanción. No es tampoco sencilla su armonización, como lo ha demostrado el escaso alcance y eficacia de la DM que fue finalmente aprobada en la materia en fecha 30 de noviembre de 2009: la DM 2009/948/JAI del Consejo sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.⁷⁰³

Dicha DM trataba de completar el programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, evitando la coexistencia de procesos penales paralelos en distintos Estados miembros por los mismos hechos y sobre las mismas personas, (con esa finalidad preventiva frente a la vulneración del principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 CAAS tal como venía siendo interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a esa fecha).⁷⁰⁴

Dentro del ámbito de la cooperación judicial, y para instaurar una colaboración estrecha entre Estados miembros que evitase procedimientos paralelos susceptibles de vulnerar el *ne bis in idem*, establece la DM en primer lugar un procedimiento de contacto directo entre las autoridades competentes de los Estados miembros con objeto de confirmar la existencia de procesos penales paralelos relativos a unos mismos hechos que impliquen a la misma persona y a continuación un intercambio obligatorio de información, mediante consultas directas, entre las autoridades competentes de esos dos o más Estados miembros a fin de alcanzar un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas derivadas de dichos procedimientos paralelos (en ese concepto se incluye la fase previa al juicio y la del juicio). Se arbitran así, consultas directas entre las autoridades nacionales competentes (judiciales o no según las competencias atribuidas en cada legislación nacional), tratando de alcanzar un acuerdo en torno a una solución eficaz (evitando así una pérdida de tiempo y recursos), propugnando como tal la concentración de procesos penales en un Estado miembro, mediante, por ejemplo, el traslado de los mismos. Finalmente se

⁷⁰³ Acto adoptado en aplicación del Título VI del Tratado UE. (Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. (DO L 328 de 15 de diciembre de 2009, pp. 42/47).

⁷⁰⁴ Previamente la DM 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, (DO L 300 de 11 de noviembre de 2008, pp. 42/45), ya establecía la coordinación entre Estados en materia competencial y la posible intervención arbitral de Eurojust. Y señalaba como criterios a tener en cuenta los mismos que recogía la fallida Propuesta helénica, ya mencionados.

contempla la remisión del asunto a Eurojust cuando las autoridades competentes no logren alcanzar un consenso.

La autoridad de contacto habría de ser la única en determinar si existen o no motivos razonables para creer que se está tramitando en otro Estado miembro un proceso penal paralelo, según informaciones policiales, alegaciones del propio imputado o incluso solicitudes de asistencia judicial de la autoridad competente de otro Estado miembro que revele su posible existencia. A continuación, se prevé un intercambio obligatorio de un conjunto mínimo de datos, que deben facilitarse en todos los casos, (art. 5) teniendo los Estados miembros la obligación general de responder a la solicitud de información, todo ello presidido por el contacto directo entre autoridades competentes como principio rector de la cooperación.

Una vez confirmada la existencia de procedimientos paralelos, la DM señala un régimen también preceptivo de consultas directas para tratar de alcanzar un consenso (art. 10). A tal fin, las autoridades competentes deben considerar los criterios pertinentes, entre los que se pueden incluir los que figuran en las Directrices publicadas en el Informe anual de Eurojust 2003 y que se orientaban a las necesidades de los profesionales del Derecho.⁷⁰⁵

Eurojust asume un papel clave ya que tales consultas directas pueden mantenerse con su ayuda y si no se consigue un acuerdo, cualquiera de las autoridades competentes podrá acudir a aquel. Tal opción es sin embargo potestativa frente al régimen preceptivo de consultas e intercambio de información, presupuestos que en todo caso devendrán ineficaces si no existiera voluntad de consenso, al igual que la intervención de Eurojust, que asume una función arbitral sin verdaderas competencias para imponer una solución o dictar criterios vinculantes de preferencia competencial.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ Se toman en cuenta distintos criterios de conexión: el lugar en que se cometieron la mayor parte de los hechos delictivos, el lugar en que se sufrió el mayor perjuicio, el lugar en que se encuentra el sospechoso o imputado y las posibilidades de garantizar su entrega o extradición a otras jurisdicciones, la nacionalidad, el lugar de residencia del sospechoso o imputado, los intereses importantes de las víctimas y testigos, la admisibilidad de las pruebas y cualquier retraso que pueda producirse.

⁷⁰⁶ De conformidad con el artículo 13, apartado 7, letra a), de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO L 63 de 6 de marzo de 2002, pp. 1/13), debe informársele de todo caso en el que se hayan producido o sea probable que se produzcan conflictos de jurisdicción pudiendo serle trasladado un caso en todo momento, (siempre que al menos una de las autoridades competentes que participe en las consultas directas lo estime oportuno). ("Decisión Eurojust," modificada en último lugar por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust (DO L 138 de 4 de junio de 2009, pp. 14/32) (Sobre regulación nacional relativa a Eurojust, *vid.* nota 620).

El valor de esta DM hasta la fecha es más testimonial que práctico.⁷⁰⁷ Es positivo que haya puesto en el centro del panorama europeo en materia de cooperación judicial la cuestión relevante de prevenir los efectos negativos del *ne bis in idem* mediante esta vía intermedia de armonización, siquiera mínima, circunscrita al tema de la litispendencia y conflictos de jurisdicción, materia, aun intrínsecamente ligada a la autonomía soberana de los Estados y en que alcanzar un consenso sigue siendo en ocasiones ardua labor. Su operatividad es sin embargo muy limitada. Y así, la propia DM, estrictamente respetuosa con la soberanía estatal en este punto, enfatiza que su regulación no afecta, a ningún derecho de las personas a alegar que deben ser procesados en su propia jurisdicción o en otra si tal derecho está reconocido en virtud del Derecho nacional así como que no debe obligarse a ningún Estado miembro a renunciar a su competencia ni a ejercerla si no desea hacerlo. Por ello la autonomía procesal nacional resta incólume y si no se alcanza un consenso sobre la concentración de procesos penales, las autoridades competentes de los Estados miembros podrán continuar una causa por cualquier infracción penal objeto del ámbito de su jurisdicción nacional aun cuando exista un procedimiento paralelo en el mismo seno de la UE.

Por ello, aun siendo evidente la utilidad de una norma armonizadora en la materia que de ser plenamente eficaz, limitaría al mínimo la vulneración del *ne bis in idem* (haciendo tal vez innecesaria la regulación del mismo a escala europea), no puede obviarse la dificultad que supone afrontar una aproximación legislativa en esta cuestión, lo que explica los escasos logros de la mencionada Decisión. Y señala significativamente el legislador europeo en una visión integral del Espacio Judicial Europeo (aún lejana de la realidad), que “el principio de legalidad de la acción penal que rige el Derecho Procesal de varios Estados miembros se debe entender y aplicar de forma que se considere cumplido (en el ELSJ) cuando cualquier Estado miembro asegure el ejercicio de la acción penal por una infracción penal determinada”. Sin embargo, dicha consideración supone un cambio en la regulación nacional del ejercicio de funciones jurisdiccionales. Exigiría en nuestro ordenamiento una necesaria reforma de la LOPJ e incluso quizá de la CE.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ Esta DM no afecta a los procedimientos establecidos con arreglo al Convenio del Consejo de Europa sobre transmisión de procedimientos en materia penal, firmado en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972 (arts. 34 a 37), ni a cualesquiera otros acuerdos relativos a la transmisión de procedimientos en materia penal entre los Estados miembros, instrumentos que tampoco han sido capaces de instaurar un procedimiento eficaz, amén de haber sido objeto de escasas ratificaciones. (En España el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, publicado en *BOE* núm. 270, de 10 de noviembre de 1988, pp.32060-32065 (Ref. *BOE-A-1988-25806*).

⁷⁰⁸ COLOMER ya ponía de manifiesto en sus comentarios al Libro Verde la problemática que se planteaba desde nuestro derecho interno con un sistema acusatorio mixto regido por el principio de legalidad en que

La DM, constatados tales obstáculos, se quedó a medio camino, arbitrando un sistema de consultas y mediación en que si finalmente no existe consenso, no podrá imponerse de forma preceptiva una solución, dejando la puerta abierta a eventuales vulneraciones ulteriores del *ne bis in idem* tras un doble enjuiciamiento de los mismos hechos si ninguno de los dos Estados miembros implicados dispusiera de los cauces procesales internos para sobreseer e inhibirse de un proceso penal por tal motivo y adicionalmente hubiera estado dispuesto a ceder en dicha materia jurisdiccional.

Puede calificarse como decepcionante este instrumento limitándose a regular la vía previa a la búsqueda de un deseado acuerdo y a establecer el papel mediador de Eurojust a cuyos criterios se remite, sin entrar a regular, como hubiera sido deseable, unos criterios genéricos de preferencia en materia jurisdiccional, lo que hubiera permitido abordar de forma más objetiva y con mayor seguridad jurídica la solución de eventuales conflictos positivos de jurisdicción en el ámbito europeo. Nótese que su resolución no sólo es exigencia de la tutela de la garantía procesal que nos ocupa sino del resto de derechos fundamentales del imputado, sobre todo el de defensa y el de igualdad de trato. El mero factor aleatorio temporal de la existencia de una resolución judicial más temprana por parte de un Estado u otro sobre la misma conducta penalmente reproachable puede derivar en una clara arbitrariedad y tratamiento discriminatorio si se comparan las respuestas penales respectivas del Tribunal que primero conoció y la del de un territorio que pudiera tener mayor conexión con el objeto del proceso y cuya sentencia posterior sin embargo resultaría ineficaz por mor del *ne bis in idem*.⁷⁰⁹

Esta norma tan poco ambiciosa ha dado lugar a una pobre y fría respuesta por parte de los Estados miembros en su parcial e incompleta transposición.⁷¹⁰

por atribución constitucional, solo jueces y magistrados son encargados de juzgar y ejecutar lo juzgado, (ex art. 117 CE), siendo la jurisdicción manifestación de soberanía popular y elemento estructural del concepto de Estado con una expresa previsión excepcional, (-hoy reformada-) al fuero de jurisdicción penal universal. Concluía que sería necesaria una modificación constitucional para dar paso a un sistema de adjudicación preceptiva de la jurisdicción desde UE que obligase a la jurisdicción española a inhibirse en un determinado asunto. (COLOMER, *op.cit.*, nota 692, pp. 65-93). Quizá la introducción del principio de oportunidad pretendida por un nuevo Código Procesal en nuestro ordenamiento podría facilitar la decisión de sobreseimiento en algunos de estos supuestos de conflicto de jurisdicción a escala europea. Tímidamente introduce este principio de oportunidad v. legalidad, la reciente reforma del CP en cuanto a la nueva figura de los “delitos leves” (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176, (Ref. BOE-A-2015-3439).

⁷⁰⁹ En el mismo sentido se ha apuntado a la necesaria preservación de los derechos de las víctimas como extremo relevante en relación a un sistema de asignación de jurisdicción.

⁷¹⁰ El reciente Informe de la Comisión al PE y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la misma, (2 de junio de 2014) constataba que a su fecha, casi la mitad de los Estados miembros (13 de ellos) no la habían transpuesto (entre ellos España), añadiendo que “La transposición parcial e incompleta de esta DM obstaculiza el buen funcionamiento del Espacio Europeo de Justicia,” siendo de lamentar la

Por ello, de ninguna manera puede entenderse que en el estadio actual del proceso de construcción europeo, los Estados miembros sean proclives a ir todavía más allá, otorgando facultades dirimentes a Eurojust ni muchísimo menos al propio TJ⁷¹¹ o acometiendo de forma inminente la aprobación de una Directiva dedicada a la armonización del *ne bis in idem*.

En la otra cara de la cooperación policial y judicial (en que las normas reguladoras de cauces de auxilio entre Estados es apoyo vital para el propio ejercicio soberano de la jurisdicción), una eventual regulación uniforme de criterios jerarquizados de preceptivo cumplimiento en materia competencial es percibido aún por los Estados como amenaza de sus facultades soberanas en el ejercicio de su *ius puniendi*. Sin embargo, grandes ventajas habrían de derivar de la prevención de instrucciones penales paralelas en distintos Estados miembros como estadio previo a la acción garantista del *ne bis in idem*, reduciendo la operatividad de este principio (y la necesidad de invocación de su tutela como derecho fundamental) a su mínima expresión. No sólo es conveniente la instauración de cauces de información interestatal mediante consultas entre autoridades nacionales en forma directa, completa y ágil sobre los procedimientos penales en curso sino igualmente el establecimiento de una mínima armonización sobre la extensión del *idem* para determinar si efectivamente en cada supuesto se presenta un proceso paralelo a evitar o en su caso, otro diferente y por ello susceptible de independiente tramitación.⁷¹²

aplicación tardía dado que esta DM tiene el potencial de aumentar la eficiencia en la administración de justicia penal en los casos transfronterizos, ahorrando tiempo y recursos humanos y financieros de las autoridades competentes durante el procedimiento penal. (Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión Marco 2009/948/JAI, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (2 de junio de 2014), (/ * COM/2014/0313 final */).

⁷¹¹ Un sector doctrinal, (por todos, NIETO MARTÍN, A., *op.cit.*, nota 696, pp. 9-16) apuntaba a la posibilidad de acudir a una solución más “federal” de estos conflictos, encomendando al TJ su resolución en defecto de acuerdo. Sería la opción más garantista y coherente con la trascendencia de la decisión a adoptar, que debería ser resuelta judicialmente o al menos sometida a un pleno control judicial que permitiera ejercer todos sus derechos procesales a las partes implicadas.

⁷¹² Sobre el tema, *vid.* CAMARERO GONZÁLEZ, G., “Conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem* internacional. ¿desconfianza mutua entre estados?”, *Revista del Poder Judicial* nº 86, 2007, (pp. 117 -161); CONWAY, G., “*Ne bis in idem* in international law”, *International criminal review*, vol 3. 2003, (pp. 217- 244); DE LA CUESTA, J.L y ESER, A., “Competencias criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio “*ne bis in idem*”, *Revista Internacional de Derecho Penal*. 3/2001 (vol. 72), (pp. 765-777); DÍAZ PITA, M.M., “Informe sobre el principio *non bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales Penales Españoles y los Tribunales Penales Internacionales”, *Revista internacional de Derecho Penal*, vol. 73,(pp. 873-899); MORÁN MARTÍNEZ, R.A. Y GUAJARDO PÉREZ, I. (coords): *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*, CEJ Ministerio de Justicia, BOE, 2007.

D2. DEL ACTIVISMO JUDICIAL A SU CONSAGRACIÓN EN LA CARTA

Circunscrito inicialmente este principio a su función limitadora del poder soberano intraestatal, se ha señalado su salto al ámbito supranacional en su consagración inicial en el artículo 54 del CAAS y posteriormente en el artículo 50 de la Carta. Con ocasión de la interpretación por parte del TJ de ese primer precepto, fue objeto de delimitación jurisprudencial de forma autónoma a la nacional (también divergente entre los Estados) concretando la dimensión penal europea del principio.

Sin embargo, previamente el TJ (basándose en artículo 4 del protocolo 7 CEDH y jurisprudencia del TEDH) se había pronunciado a favor de respetar también el *ne bis in idem* en el ámbito sancionador administrativo y en relación al derecho de la competencia, refiriéndose a él como un principio *propriae naturae* en el derecho comunitario que posibilitaba los derechos a la libre circulación dentro de un Espacio de libertad, seguridad y justicia. Proclamó la prohibición de condenar o iniciar de nuevo un procedimiento sancionador contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya hubiera sido sancionada o del que se le hubiese declarado no responsable por una decisión anterior que ya no pudiera ser objeto de recurso,

A su vez, en cuanto a la coexistencia en ese derecho de la competencia de sanciones administrativas supranacionales y nacionales en esta materia, bajo la perspectiva de asegurar la primacía del entonces denominado derecho comunitario, el *ne bis* se convirtió en una manifestación del principio de proporcionalidad. (Se permitía la existencia de dos procedimientos sancionadores siempre que el supranacional se realizase primero y la instancia nacional tuviera luego en cuenta la sanción impuesta por la Comisión o el TJ).⁷¹³

En esos supuestos de duplicidad de sanciones comunitarias y estatales la solución de la compensación de la sanciones garantizaba la proporcionalidad de la

⁷¹³ Sentencias del TJ dictadas en: Asuntos acumulados 18 y 35-65, *Max Gutmann contra Comisión de la CEEA*, STJ de 5 de mayo de 1966, (ECLI:EU:C:1966:24); Asuntos acumulados T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, *Asuntos acumulados Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999, (ECLI:EU:T:1999:80) y Asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P)*, y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas, STJ de 7 de enero de 2004, (ECLI:EU:C:2004:6).

sanción pero no evitaba la vulneración del *ne bis in idem*. En igual medida que en el ámbito interno de los Estados miembros en que muchos de sus ordenamientos disponen, en caso de concurrencia de sanciones penales y administrativas, la preferencia de las primeras si bien también algunos acuden a la suma y compensación en casos permitidos de imposición de dobles sanciones, considerando excepcionalmente respetado el principio si la respuesta sancionadora se somete al principio de proporcionalidad.⁷¹⁴

En España, la prohibición del doble proceso a nivel interno es evidente entre procedimientos de idéntica naturaleza (el efecto negativo de la cosa juzgada impedirá sin género de dudas la apertura de un procedimiento penal posterior e idéntico a otro proceso penal ya finalizado) pero sin embargo las relaciones entre procedimientos de diferente naturaleza (administrativos sancionadores y penales) exige una matización. Y así, partiendo de la regla de prevalencia de la Jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la administración pública, ello no ha de significar la total incompatibilidad de apertura de un proceso administrativo una vez concluida la preferente vía penal ni tampoco la absoluta independencia de ambas. La administración en un procedimiento posterior al penal habrá de respetar el planteamiento fáctico del órgano jurisdiccional penal⁷¹⁵ así como la cosa juzgada establecida por la resolución judicial, que, según la jurisprudencia “despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica y un efecto negativo que determine la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”. Excepcionalmente se permite sin vulnerar el *ne bis in idem* la acumulación de una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho, si el sujeto se encuentra en relación de sujeción especial con la Administración y las sanciones tienen distinto fundamento.⁷¹⁶

⁷¹⁴ Muchos son los ejemplos en derecho comparado. Y así el Consejo Constitucional francés permite en ocasiones dos procedimientos sobre mismos hechos uno en vía penal y otro administrativa pero siempre atendiendo al principio de proporcionalidad, (sin rebasar la suma de ambas penas el máximo de cada una). (“ainsi la position du Conseil constitutionnel rejoint celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation quand elle permet en cas de poursuite unique de retenir deux qualifications pour les mêmes faits lorsque deux valeurs sociales sont en cause”. (PRADEL, J.: “Le point actuel sur le principe *ne bis in idem*, notamment au regard de la jurisprudence constitutionnelle française récente”, *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles 2013, pp. 582 y ss.). (También vgr. el derecho belga admite la acumulación de sanciones penales y disciplinarias por un mismo hecho bajo determinadas circunstancias).

⁷¹⁵ La Sentencia del TC 77/1983 ratificaba la idea de que “cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”. (STC (Sala 2ª) 77/1983, de 3 de octubre de 1983, (Recurso de amparo 368-1982), BOE núm. 266 de 7 de noviembre de 1983), (FJ 4º).

⁷¹⁶ Se admitió expresamente la duplicidad de sanciones penales y disciplinarias en tales casos. Y así declaró el TC la compatibilidad entre una pena por delito de quebrantamiento de condena y la sanción

Más problemático es el supuesto en que la administración no haya respetado la prioridad de la jurisdicción penal y se haya impuesto inicialmente una sanción administrativa firme. La jurisprudencia ha sido en este punto contradictoria en España, inicialmente llevando a sus últimas consecuencias el *ne bis in idem* señalando que el mismo “no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto”, por lo que la imposición inicial de una sanción administrativa vedaba la vía penal posterior con los efectos discriminatorios que ello podría generar.⁷¹⁷ Posteriormente, tras un giro jurisprudencial se impuso sin embargo una visión atemperada del principio, insistiendo en la supremacía del orden penal sobre la potestad sancionadora de la administración, estableciendo que si el deber de abstención se ha infringido por ésta última, ha de permitirse sin embargo la incoación de un procedimiento penal posterior, bien que subsanando los efectos perjudiciales del *ne bis in idem* para el sancionado desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, anulando si es posible el acto administrativo o mediante un descuento o compensación sobre la pena a imponer en la segunda vía.⁷¹⁸ Ha de destacarse como principal problema práctico en tales casos, la ausencia de seguridad jurídica, al no existir criterios legislativos claros de compensación.⁷¹⁹

En este tema se ha suscitado recientemente una interesante cuestión prejudicial ante el TJ precisamente sobre el alcance del artículo 50 de la Carta, (resuelta en STJ - Gran Sala- de 26 de febrero de 2013 en que se establece que dicho precepto no se opone a la compatibilidad entre una previa sanción administrativa y la penal subsiguiente si la primera sanción no tiene carácter penal, “cuestión que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional nacional”).⁷²⁰ Aclara el TJ que el principio *ne bis in idem* recogido en la Carta sólo se refiere a la prohibición de doble sanción penal, por lo que a efectos

administrativa de privación de beneficio penitenciario de redención de penas por trabajo. (STC (Sala 2ª) 234/1991, de 10 de diciembre de 1991, (Recurso de amparo 1473-1989), BOE núm. 3 de 3 de enero de 1992).

⁷¹⁷ Paradigmática en tal sentido la STC (Sala 1ª) 2/1981, de 30 de enero de 1981 (Recurso de amparo 90-1980), BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1981.

⁷¹⁸ En tal sentido, STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero de 2003, (Recurso de amparo 2468-2000), BOE núm. 43 de 19 de febrero de 2003 y STC (Sala 1ª) 334/2005, de 20 de diciembre de 2005, (Recurso de amparo 3581-2001), BOE núm. 17 de 20 de enero de 2006.

⁷¹⁹ Muy esclarecedora la crítica de DE LEÓN VILLALBA, F.J., “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*” en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *El principio de ne bis in idem en El Derecho Penal Europeo internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (2007), pp. 17-35. En el ámbito nacional, interesante MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “El principio non bis in idem y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, *Noticias Jurídicas*, enero 2011, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201101-2854132975132.html> (última consulta, 23 noviembre de 2014).

⁷²⁰ Cuestión planteada por el Haparanda Tingsrätt (Suecia), (Asunto *Åkerberg*, C-617/10, citado en nota 170, apartado 37). Se cuestionaba la imposición sucesiva de un recargo fiscal y una sanción penal por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido.

internos, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento nacional, no supone una pauta decisiva entre las dos corrientes jurisprudenciales apuntadas *ut supra*, ambas compatibles con la Carta.⁷²¹

Tampoco en el ámbito estrictamente penal y transnacional (entre resoluciones definitivas dictadas en diversos Estados miembros en procedimientos penales sobre mismos hechos), ha sido fácil la delimitación del concepto y límites de este principio, progresivamente diseñado por la labor interpretativa del TJ con ocasión de las cuestiones planteadas a tenor del art 54 CAAS y que ha terminado por converger con la doctrina emanada del TEDH, bien que manteniendo en ocasiones notorias diferencias con lo previsto en los ordenamientos nacionales.⁷²²

El TEDH interpretaba dicho principio en relación a su consagración en el artículo 4 del Protocolo 7 anexo al CEDH firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 bajo la rúbrica “Derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces” y bajo la perspectiva interna de los Estados signatarios.⁷²³

Y el TJ tradicionalmente venía reconociendo el *ne bis in idem* tal y como estaba consagrado en el referido protocolo como principio general de derecho comunitario, garantía tan fundamental que no admitía derogación en caso guerra o por motivos de seguridad o peligro público, habiendo señalado el TEDH que dicho principio no prohíbe sólo el doble castigo, sino que también incluye la interdicción de la doble persecución, lo que implicaba que el principio de “toma en consideración” (*taking into account*) no era suficiente para respetar el *ne bis in idem*.⁷²⁴

⁷²¹ Cuestión distinta si el TJ se hubiera pronunciado en sentido contrario, más restrictivo, que hubiera impedido entonces la tesis que permite la compatibilidad de ambos tipos de sanciones de diversa naturaleza.

⁷²² Vid. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., *op.cit.*, ,nota 691; BERBEROFF, D., *op.cit.*, nota 607; PIATOLLI, B., “Ne bis in idem europeo” en *Cassazione penale*, nº6, 2007, (pp.262-5); SANZ HERMIDA, A.M., “Sobre la delimitación de los mismos hechos en la aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* regulada en el art. 45 del CAAS” en DE LA OLIVA, A.(dir.), *La Justicia y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2008, (pp. 243-255); VERBAELE, J., “The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, *Utrecht Law Review*, vol. 2, nº5, 2005, (pp.100-118).

⁷²³ Establece lo siguiente: “1.Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una *infracción* de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva 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, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo Invocando el artículo 15 del CEDH”.

⁷²⁴ Así se ha pronunciado en diversas sentencias el TEDH entre las que cabe citar las dictadas en: *GRADINGER v. Austria*, nº 15963/90, 23 de octubre de 1995, Series A nº328-C; *OLIVEIRA v. Suiza*, nº 25711/94, 30 de julio de 1998, Reports 1998-V; *FISCHER v. Austria*, nº 37950/97, 29 de mayo de 2001 y *GOKTAN v. Francia*, nº 33402/96, 2 de julio de 2002, Reports 2002-V.

Pese a sus evidentes diferencias, doctrinalmente se ha hecho notar la alineación final de la respectiva jurisprudencia de ambos Tribunales europeos. Sin embargo, no por ello se solapan ambas jurisprudencias o el TJ se ha convertido en eventual intérprete del CEDH. Claramente ha establecido el TJ que su labor interpretativa (que circunscribe al alcance del artículo 50 de la Carta), es ajena a “las consecuencias que debe deducir un Juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH” ya que “El Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH (...) y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un Juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional”. Añadiendo que “si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –(como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio), éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión”.⁷²⁵

El concepto de *ne bis* en su dimensión europea, vino siendo acuñado por el TJ a partir de la hermenéutica del artículo 54 CAAS, que disponía que “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

Y ya en el ámbito penal, antes de que alcanzase la Carta valor jurídico de derecho originario, el TJ a raíz de cuestiones prejudiciales suscitadas por los Estados fue interpretándolo y delimitando el principio, dotándole de carácter autónomo y según la visión crítica de parte de la doctrina, construyendo una suerte de “proyecto de política judicial para el sector del ELSJ”⁷²⁶ y apuntalando el principio de reconocimiento mutuo en la base de la cooperación judicial penal en la UE como “clave de bóveda” de la misma, a la vez que conectaba esta garantía penal y procesal con el favorecimiento de la libre circulación de personas en el ámbito de la UE.

⁷²⁵ Sentencia Åkerberg, (nota 170, apartado 44). A su vez, cita la dictada en Asunto C-571/10, *Servet Kamberaj contra Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) y otros*, (Petición de decisión prejudicial: Tribunale di Bolzano – Italia), STJ (GS) de 24 de abril de 2012, (ECLI: EU: C: 2012:233).

⁷²⁶ SARMIENTO, D., “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” en ARROYO, *op.cit.*, nota 691, pp. 37-64.

Inicialmente se delimitó el concepto de *sentencia firme* consagrando una noción muy amplia que abarcaba, no sólo las sentencias definitivas emanadas *stricto sensu* de autoridades judiciales sino también aquellas resoluciones susceptibles de extinguir la acción penal como resultado de un acuerdo negociado entre partes trascendiendo de la naturaleza del órgano que resuelve (con cabida para soluciones consensuadas con el Ministerio Fiscal). Ello suponía un paso más en la apuesta por la confianza mutua de los Estados miembros aceptando en ocasiones soluciones procesales de derecho comparado no admitidas en el propio derecho.⁷²⁷

Ese concepto laxo abarcaba sentencias de tenor condenatorio o absolutorio, excluyendo del ámbito vedado al *ne bis in idem* los autos de sobreseimiento o archivo carentes de indicación o pronunciamiento sobre culpabilidad del acusado, (vgr. archivo por desistimiento del MF ante el seguimiento de un proceso en otro Estado, trámite procesalmente irrelevante a tenor del art. 54 CAAS).⁷²⁸ Completando ese pronunciamiento sin embargo, concluyó en posteriores ocasiones el TJ que si la absolución se basaba en ausencia de pruebas tras una apreciación sobre el fondo del asunto, sí entraría dentro del ámbito tutelar del artículo 54⁷²⁹ e igualmente si la decisión de archivo tenía su fundamento en la prescripción del delito,⁷³⁰ insistiendo de nuevo en la idea maximalista sobre la confianza mutua y el necesario favorecimiento del derecho de libre circulación.⁷³¹

Tales sentencias se pronunciaron también sobre el concepto del *idem*: los requisitos exigibles para integrar ese concepto de “mismos hechos”.⁷³² Se consagró una lectura fáctica del principio (atendiendo a la materialidad de los hechos con exclusión de su calificación jurídica) y nuevamente bajo la óptica del reconocimiento mutuo. Precisamente se entendía que la ausencia de armonización de las legislaciones penales

⁷²⁷ Sentencias de 11 de febrero de 2003, (as *Gözütok y Brügge* (C-187/01 y C-385/01). La sentencia *Gözütok* fue relevante por su énfasis sobre la importancia de la reciproca confianza como pieza clave. En palabras de BERBEROFF “la *ratio* de la confianza reciproca se tiñe de *utilitarismo* al terciar en pos del principio de reconocimiento mutuo”, (*op.cit.*, nota 607, p 914). Y según las Conclusiones del Abogado general RUIZ JARABO supondría un “*un auténtico mercado común de los derechos fundamentales*” pese a que dicho autor también reivindica como fundamentos del *ne bis* la equidad, la proporcionalidad, la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

⁷²⁸ Sentencia *Miraglia*, de 10 de marzo de 2005, (citada en nota 84).

⁷²⁹ Sentencia, *Van Straaten* de 28 de septiembre de 2006, (citada en nota 84).

⁷³⁰ Sentencia *Gasparini* de 28 de septiembre de 2006, (citada en nota 84).

⁷³¹ Alejándose el TJ de las conclusiones de abogada general Sharpston, que exigía para la operatividad del *ne bis in idem* que hubiese existido previo examen sobre el fondo del asunto, ya que se inclinaba a favor de cierta aproximación de derechos penales nacionales. Son históricas en la materia las sentencias citadas en notas anteriores y la dictada en as. *Turanský* (Asunto C-491/07, As. *Vladimir Turanský*. (*Petición de decisión prejudicial: Landesgericht für Strafsachen Wien – Austria*) STJ de 22 de diciembre de 2008, (ECLI: EU: C: 2008:768).

⁷³² También en la Sentencia *Van Esbroeck* de 9 de marzo de 2006, (citada en nota 84) que sostenía una interpretación amplia y tutelar sobre la aplicación temporal del convenio desplegando sus efectos con el único requisito de su vigencia a fecha de entablarse el segundo procedimiento.

nacionales dificultaría la utilización a nivel transnacional de un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido (y por ende, la libre circulación de personas). Se consideró, por tanto, la identidad de hechos materiales como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí, descartando el TJ que los “mismos hechos” a efectos del artículo 54 tuvieran que ser idénticos. Tal doctrina fue seguida en posteriores sentencias perfilando el concepto y matizando que no todos los hechos relacionados entre sí configuran este elemento *idem*, no bastando una misma intención criminal.⁷³³

También fue objeto de una flexible y lata interpretación por el TJ lo relativo a los requisitos de ejecución de condena exigidos en el CAAS, considerándolos cumplidos en casos de suspensión de condena.⁷³⁴

Ha de reseñarse que la doctrina más autorizada ha sido muy crítica con este “activismo judicial”, y especialmente con su fundamento en la “desafortunada” idea de la libre circulación de personas.⁷³⁵ Es razonable unirse a esas mayoritarias reivindicaciones destacando el papel central que como derecho fundamental ha de asumir este principio, debiendo ser consagrado y tutelado dentro de ese marco preceptivo de garantías procesales y penales, bien que trascendiendo de su mera conexión con el favorecimiento de la libre circulación de personas o como mero problema de ciudadanía europea. Póngase de manifiesto que el propio TJ ha ido evolucionando en dicho sentido, centrando la clave de la tutela judicial de este principio

⁷³³ SSTJ dictadas en as. *Kretzinger y Kraaijenbrink*. (Asunto C-288/05, *Procedimiento penal entablado contra Jürgen Kretzinger* (Petición de decisión prejudicial: *Bundesgerichtshof – Alemania*), STJ de 18 de julio de 2007, (ECLI: EU: C: 2007:441) y Asunto C-367/05, *Procedimiento penal entablado contra Norma Kraaijenbrink*. (Petición de decisión prejudicial: *Hof van Cassatie – Bélgica*), STJ (Sala 2ª) de 18 de julio de 2007, (ECLI: EU: C: 2007:444). RUIZ JARABO hablaba de un “único tiempo, espacio y único designio atendiendo al nexo psíquico” en sus conclusiones emitidas con ocasión de tales asuntos. Distinto es el concepto configurado en cada ordenamiento nacional. En el español se exige una triple identidad: objetiva (mismos hechos), subjetiva (contra los mismos sujetos) y causal (por el mismo fundamento o razón de castigar). Predomina el criterio de homogeneidad o heterogeneidad del bien jurídico para determinar el *idem* (STC (Sala 1ª) 2/81 de 30 de enero, (Recurso de amparo 90-1980), *BOE* núm. 47 de 24 de febrero de 1981; STC (Sala 2ª) 77/83 de 3 de octubre, (Recurso de amparo 368-1982), *BOE* núm. 266 de 07 de noviembre de 1983; STC (Sala 2ª) 159/85, de 27 de noviembre (Recurso de amparo 821-1984), *BOE* núm. 301 de 17 de diciembre de 1985; STC (Sala 2ª) 154 /1990 de 15 octubre, (Recurso de amparo 972-1988), *BOE* núm. 268 de 8 de noviembre de 1990).

⁷³⁴ La pena se estaría ejecutando durante todo plazo de suspensión de la pena, transcurrido el cual, se entendería ejecutada, (Sentencia recaída en As. *Kretzinger* completada por la Sentencia dictada en As. *Bourquain* (C-297/07, Asunto C-297/07, *Klaus Bourquain*. (Petición de decisión prejudicial: *Landgericht Regensburg - Alemania*), STJ de 11 de diciembre de 2008, (ECLI: EU: C: 2008:708). En esta última se extiende el *ne bis* a un proceso “paradójico” en que la pena impuesta en el primer proceso era ya de imposible ejecución en el mismo momento de su imposición.

⁷³⁵ Cuestionaba NIETO la excesiva sobredimensión de la libertad de circulación como catalizador de la ignición del *ne bis*, y apuntando a la seguridad jurídica como el *quid* de la cuestión más allá de evitar riesgos en los desplazamientos de los ciudadanos europeos. En el mismo sentido, SARMIENTO consideraba enfocada la cuestión erróneamente como parte de una “política legislativa del Consejo” apuntalando el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal como opción contrapuesta a una política de armonización penal sin un debate previo coherente, lo que calificaba de “contraproducente” en esta materia (tan sensible), ARROYO, *op.cit.*, nota 691.

en una óptica de defensa transnacional de la seguridad jurídica, la equidad, la proporcionalidad y el principio de igualdad.⁷³⁶ Aquella construcción jurisprudencial, erróneamente fundada en las libertades propias de la UE y demasiado comprometida con el reconocimiento mutuo conllevaba un riesgo de crear discriminaciones inversas comprometiendo el principio de igualdad. Sin embargo, en su justa medida es a su vez merecedora de un juicio positivo en tanto que ha consagrado el *ne bis* como derecho fundamental transnacional (bien que tratándolo más como principio fundamental que como derecho), produciendo así un efecto indirecto previsiblemente armonizador.⁷³⁷

A su vez, enraíza con la finalidad de tutela integral de los derechos fundamentales procesales de sospechosos y acusados en el Espacio Judicial Europeo desde una perspectiva autónoma y en una dimensión europea luego ratificada por su consagración en la Carta como parte integrante (y vinculante) del derecho originario de la UE.⁷³⁸

En cuanto a la consagración en la Carta de este derecho fundamental, el artículo 50 de la misma establece: “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”. Queda pues expresamente reconocido justo después de los principios de legalidad y proporcionalidad con los que se encuentra intrínsecamente ligado, sin que pueda ya dudarse de su rango de derecho fundamental europeo, en tanto que (a diferencia del CEDH que solo lo reconocía con eficacia interna para cada Estado), le otorga expresamente una dimensión horizontal entre las jurisdicciones de los Estados miembros y vertical entre órganos e instituciones europeas y nacionales. Solo quedaría fuera de su ámbito la conducta enjuiciada o castigada en

⁷³⁶ RUIZ JARABO apuntaba ya en sus Conclusiones a las sentencias *Gözütok* y *Brügge* a los pilares de *equidad y seguridad jurídica*. También se refiere en otros asuntos a principio de proporcionalidad frente la adición de sanciones (*Van Esbroeck*). Enfoca el principio como manifestación de la tutela judicial del ciudadano frente al *ius puniendi*, derivada del derecho al proceso debido y al *juicio justo*, exigencia estructural del sistema jurídico cuya legitimidad se asienta en respeto a la cosa juzgada. En *As. Bourquain* propone completar las directrices de cooperación entre Estados erigidas sobre mutua confianza con una visión proclive a la aplicación de los derechos fundamentales como “andamiaje de referencia, con la elaboración de un derecho subjetivo al tratamiento unitario de la acción represiva anclada en cimientos sólidos que coadyuvan a cubrir los flancos débiles (por falta de armonización de Derecho Penal sustantivo o procesal) de algunas instituciones como prescripción, cosa juzgada o múltiples teorías de la proporcionalidad” que el solo recurso a la libertad de circulación basada en la recíproca confianza entre Estados no permitía solventar de manera satisfactoria. (Asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01. *Procesos penales contra Hüseyin Gözütok* (C-187/01) y *Klaus Brügge* (C-385/01), Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 19 de septiembre de 2002, (ECLI:EU:C:2002:516)

⁷³⁷ *Vid* la crítica de SARMIENTO que señala que el *ne bis in idem* despliega una función homologadora sobre las decisiones penales tras lo cual las distintas legislaciones con el paso del tiempo tenderán a converger, proceso que se ha llamado de integración negativa, (*op.cit.*, nota 726).

⁷³⁸ RUIZ JARABO insistía en adoptar una visión de conjunto del corpus jurisprudencial con vocación de generalidad perfilando los difusos contornos del principio, enraizándolo con la equidad y como herramienta al servicio de la de seguridad jurídica. En el mismo sentido, *vid.* visión crítica de BERBEROFF en contra de la necesidad de una regulación exhaustiva o cuasi reglamentaria del principio. (*op.cit.*, nota 607).

otro un Estado tercero (a tenor entonces de los correspondientes Tratados internacionales).⁷³⁹

A diferencia de lo que preveía la fallida iniciativa helénica de DM sobre el *ne bis in idem*, la proclamación del mismo en la Carta no ha derogado el art 54 del CAAS. Un sector doctrinal destaca que el ámbito de ambos preceptos, (art 54 del Convenio y 50 de la Carta) ahora se solapan por lo que el primero habrá de ser interpretado a la luz del artículo 50 de la Carta y a su vez, considerarse una concreción de ese precepto constitucional.⁷⁴⁰

Se advierten sin embargo, ciertas deficiencias terminológicas en la Carta. Atendiendo a su literalidad destaca la significativa opción por el término *infracción* y *sentencia firme*. En cuanto al primero, habiéndose establecido una clara opción jurisprudencial del TJ por la naturaleza fáctica del *idem*, bien pudiera aquel término dar lugar a equívocos apuntando a un concepto diferente, más jurídico del mismo. Debiendo descartarse esa interpretación literal (no contenida en la *mens legislatoris*) se ha perdido una vez más la oportunidad histórica de clarificar conceptos en la codificación de garantías operada por la Carta. Y en el mismo sentido, en cuanto al concepto de *sentencia firme*, omitiendo una eventual especificación sobre otras alternativas de resolución definitiva (soluciones negociadas por otras autoridades como el MF o autos de sobreseimiento definitivo) que la jurisprudencia del TJ había incluido expresamente en el ámbito material de esta garantía y que han de entenderse igualmente contenidos en un sentido lato de aquel.

Más problemas prácticos ha de plantear en la exégesis de este precepto, el tema del ámbito de aplicación de los derechos plasmados en la Carta y de las eventuales limitaciones posibles al referido derecho fundamental (art 51 y 52 Carta). Y así, en cuanto a su ámbito, destacan las recientes consideraciones de la ya citada Sentencia *Åkerberg* del TJ.⁷⁴¹ El alcance del artículo 51 de la Carta sigue distando de ser cuestión

⁷³⁹ La legislación europea posterior sin embargo ha ido más allá, cuando vgr. en las causas de denegación de la ODE se incluyó (dentro de las facultativas) la eficacia del principio en relación a Estados terceros.

⁷⁴⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* BUCHARD, C. Y BRODOWSKI, D. "The Post-Lisbon Principle on Transnational Ne Bis In Idem: On the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement. Case note on District Court Aachen, Germany, Decision of 8 December 2010", *New Journal of European Criminal Law*, 1/2010/3, pp. 310 y ss. Y también, DE LA OLIVA, A., "La regla non bis in idem en el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea; algunas cuestiones y respuestas" en DE LA OLIVA, A., (dir.), *La Justicia y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2008, pp. 167-185.

⁷⁴¹ Que se remite a su vez a la ya célebre Sentencia *Melloni* de 26 de febrero de 2013, (citada en nota 178). En el supuesto de la Sentencia *Åkerberg* se planteaba una cuestión interpretativa sobre el principio de *ne bis in idem* contenido en el art. 50 de la Carta en relación a una acción penal ejercitada contra Sr. Åkerberg Fransson al que se habían impuesto ya recargos fiscales. Los Gobiernos sueco, checo y danés, de Irlanda y el Gobierno neerlandés, así como la Comisión Europea, alegaban la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales en este caso ya que en su opinión, ni la norma nacional con arreglo a la cual se impulsieron

pacífica como deriva del hecho de que la propia Comisión defendiera vehementemente en dicho asunto la falta de competencia del TJ. En sentido opuesto, el TJ se aferra a una interpretación amplia sobre la aplicabilidad de la Carta (y por ende su propia competencia hermenéutica a efectos consultivos) incluso en asuntos aparentemente “domésticos” de los Estados miembros, señalando que “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”. Al extender el ámbito de aplicabilidad de la Carta a tales supuestos, en principio “intraestatales” (normativa nacional que considera comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión) no puede negarse el efecto en cierto modo armonizador del contenido de las garantías consagradas en aquella, (en este caso el *ne bis in idem*) y por ende el resultante de la interpretación auténtica de las mismas que progresivamente va realizando el TJ.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de limitar este derecho por vía legislativa, el TJ considera que la cláusula horizontal del apartado 1 del art. 52 permitirá la inclusión de excepciones bien limitadas en virtud de las cuales los Convenios suscritos entre Estados miembros (vgr. en materia de intereses financieros de la UE y lucha contra corrupción) les permitirán apartarse de la norma *ne bis in idem*, en términos discutibles desde una óptica garantista. Nótese que no es baladí la ubicación del principio de *ne bis in idem* tras el de proporcionalidad. Este atempera los efectos negativos de aquel pero no lo tutela en sentido estricto, sobre todo en cuanto a la concurrencia de sanciones de

los recargos fiscales ni la legislación en la que se basa la acción penal constituyen una aplicación del Derecho de la Unión, estimando que (ex art. 51, apartado 1, de la Carta) ni los recargos fiscales y la acción penal antes mencionados estaban incluidos en el ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem* garantizado por el artículo 50 de la Carta. Contrariamente a ello, el TJ se declara competente, considerando dicha normativa nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión por obedecer en ambos casos en parte al incumplimiento de sus obligaciones declarativas en materia de IVA, manifestando que “El hecho de que las leyes nacionales en las que se basan los recargos fiscales y la acción penal no hayan sido adoptadas para adaptar el Derecho nacional a la Directiva 2006/112 no afecta a esta conclusión, dado que mediante la aplicación de dichas leyes se pretende sancionar la infracción de las disposiciones de la mencionada Directiva y, por tanto, dar cumplimiento a la obligación impuesta por el Tratado a los Estados miembros de sancionar de modo efectivo los actos que causen un perjuicio a los intereses financieros de la Unión” (Sentencia citada en nota 170, apartados 28 y 29).

distinta naturaleza.⁷⁴² En todo caso será preciso acudir a una interpretación conjunta e integrada del artículo 50 con el artículo 49 de la Carta dedicado al principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas toda vez que ambos se erigen en límites materiales al *ius puniendi* estatal.⁷⁴³

Debe primar la interpretación de que estos preceptos (arts. 49 y 50 Carta) aluden inequívocamente a delitos, penas y condenas penales excluyendo las sanciones de naturaleza administrativa.⁷⁴⁴ Y así, La dimensión estrictamente penal del artículo 50 ha sido puesta de manifiesto por el TJ al asumir su interpretación admitiendo la compatibilidad de dicho precepto con la existencia de sanción previa siempre que no sea también penal y señalando expresamente los criterios que considera que responden a dicha naturaleza.

Por lo expuesto, no puede sino destacarse por significativa, la actual construcción jurisprudencial que a tenor de la interpretación del artículo 50 de la Carta, va elaborando el TJ y que combinada con su amplio concepto del ámbito de aplicación de la misma (art. 51), sin duda contribuye a una “europeización progresiva de los derechos fundamentales procesales” y a una indirecta armonización de las legislaciones nacionales. Como se ha visto, esta doctrina jurisprudencial ha avalado el planteamiento de asuntos procesales intraestatales desde una perspectiva supranacional europea, siguiendo dicha pauta los propios órganos judiciales nacionales, que de forma progresiva, acuden a dicho intérprete cualificado en asuntos inicialmente carentes de eficacia transfronteriza pero que al estar contenidos en el ámbito de aplicabilidad del ordenamiento de la UE, exigen el preceptivo respeto al perfil europeo de dicho derecho fundamental tal y como ha sido consagrado en la Carta.

⁷⁴² Vgr. se ha criticado la defectuosa aplicación del principio *ne bis* en el Reglamento 2988/95 que en caso de protección de intereses financieros de la Comunidad, permite la acumulación de sanciones administrativas y penales por irregularidades y fraude, pudiendo atemperar aquellas teniendo en cuenta la pena impuesta por la autoridad judicial por mismos hechos. (Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, (DO L 312 de 23 de diciembre de 1995, pp. 1/4).

⁷⁴³ Señala ARROYO que “la concepción unitaria del *ius puniendi* impide una dualidad sancionadora” Y “en última instancia la búsqueda de la proporcionalidad sugiere una aproximación finalística del principio pero que propiamente no responde a la prohibición inicial” *op.cit.*, nota 691, p.25.

⁷⁴⁴ Avala expresamente esa conclusión la célebre Sentencia de la Gran Sala del TJ de 13 de septiembre de 2005 que, reconociendo expresamente a la UE competencias para obligar a los Estados miembros a proteger determinados intereses en materia de medio ambiente a través de sanciones penales, distinguía nítidamente el ámbito sancionador administrativo del penal y consideraba que penas y sanciones administrativas no son intercambiables ni equivalentes, (citada en nota 74).

D3. *NE BIS IN IDEM* Y RECONOCIMIENTO MUTUO ¿ÚLTIMA TRINCHERA DE LA SOBERANÍA NACIONAL FRENTE A LAS ÓRDENES EUROPEAS? *El principio en los instrumentos de cooperación judicial (ODE y OEI)*

El indudable protagonismo del reconocimiento mutuo en el proceso de construcción del Espacio Judicial Europeo ha traído a escena necesariamente también el debate sobre el alcance del *ne bis in idem* en dicha dimensión europea y sobre todo en el ámbito de la cooperación judicial entre autoridades de los Estados miembros. Y así, esta garantía ha obrado en la mayoría de los instrumentos legislativos animados por aquel principio como muro de contención (a veces casi “última trinchera”) de una eventualmente desmedida y onnipotente confianza mutua, garantizando la tutela de los sospechosos y acusados bajo el amparo del principio de prohibición de doble sanción y enjuiciamiento penal, también en una dimensión transnacional.

Y asume un doble camino ya que, si de un lado, la inclusión de dicho supuesto como causa de denegación de cooperación judicial, protege los derechos soberanos de los Estados miembros (que podrían denegar la entrega de un imputado por entender que ya ha sido objeto de enjuiciamiento por los mismos hechos en su propio Estado), de otro, igualmente supone la exigencia a tales Estados de renovar su voto en pro de un principio de confianza mutua asumiendo también como propias, determinadas resoluciones de autoridades extranjeras y consecuencias procesales muy diferentes de las admitidas en su ordenamiento patrio, quedando a su vez vinculados por la interdicción de un nuevo proceso que deseaban y (legítimamente según su derecho nacional) se proponían promover hasta su resolución final y ejecutiva.

Por ello, la vulneración del *ne bis in idem* figura como causa de denegación en la normativa europea inspirada en el reconocimiento mutuo, siendo especialmente relevante en la Decisión Marco relativa a la Orden Europea de Detención (que la fragmenta según los supuestos, en motivos de naturaleza obligatoria o facultativa de denegación) y en la reciente Directiva reguladora de la OEI, que igualmente contempla

dicho supuesto como causa de denegación de reconocimiento y ejecución de la diligencia probatoria objeto de la orden.⁷⁴⁵

Y así, en cuanto a la DM reguladora de la ODE, contempla el *ne bis in idem* como un motivo de denegación obligatorio cuando exista una resolución firme por los mismos hechos en un Estado miembro, es decir “Cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena” (art. 3.2.2) La terminología de la DM sanciona el término “juzgada definitivamente” y exige en caso de condena requisitos similares a los contenidos en el CAAS.

En cuanto al concepto del *idem* en este caso, (mismos hechos), venía manteniendo la jurisprudencia del TJ que lo relevante era la identidad de los hechos materiales, con independencia de la calificación jurídica, del interés jurídico protegido o de la intencionalidad delictiva, lo que no obsta a la necesidad de efectuar una cierta valoración jurídica si son hechos complejos que se prologan en el tiempo para de dilucidar si son o no susceptibles de enjuiciamiento separado⁷⁴⁶. Es reveladora en esta materia relativa a las órdenes de detención el pronunciamiento del TJ que, a efectos del art 3.2 de la DM reguladora de la ODE confirma que ha de acogerse la interpretación de “los mismos hechos” asumida por su previa jurisprudencia en su interpretación del artículo 54 CAAS y no las particulares de la cada ordenamiento nacional, declarando estar ante un concepto autónomo del derecho de la UE, que ha de interpretarse con abstracción de las particularidades de los ordenamientos internos y entendido como “la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”.⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ En el ámbito de la asistencia judicial, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de abril de 1959, no consagraba directamente el *ne bis in idem* como un motivo de denegación si bien fue incluido como motivo de denegación de la asistencia en muchas de las reservas y declaraciones formuladas por los signatarios en el momento de su ratificación o adhesión. Otras Decisiones Marco que lo han incorporaban como motivo de denegación (ya citadas a lo largo de este estudio): la DM de 22 de Julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (art. 7.1 c); la DM 2006/783/JAI del Consejo de 6 de Octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (art. 8.2 a). Y también en el de la DM de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (art. 7.2 a).

⁷⁴⁶ Vid. interesante estudio de CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid 2010.

⁷⁴⁷ EL TJ declara que “no puede dejarse a la apreciación de las autoridades judiciales de cada Estado miembro, según su Derecho nacional, la interpretación del concepto de los “mismos hechos”, (...) de la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para

Sin embargo, en cuanto al carácter “definitivo” (firme) de una sentencia (a que se refiere la DM) el mismo sí se define con arreglo al Derecho del Estado miembro donde se ha dictado aquella.⁷⁴⁸

Ello significa que se impone a los Estados requeridos la sumisión al principio de confianza sin que puedan imponer la propia interpretación de si según su derecho nacional el asunto estaba ya definitivamente juzgado o no. Cada Estado mantiene así el control sobre la definitiva extensión de su acción pública, *ius puniendi* estatal.⁷⁴⁹

La legislación de transposición de esta DM en España se limitó inicialmente a recoger casi literalmente los supuestos de la norma europea.⁷⁵⁰ Esa primera ley de implementación (Ley 3/2003 de 14 de marzo) ha sido derogada por la reciente Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que en su artículo 48 incluye una nueva redacción de las causas de denegación apartándose de la redacción de la DM y reforzando la eficacia obstativa del *ne bis in idem* frente al reconocimiento mutuo.⁷⁵¹ La actual regulación de las causas obligatorias de denegación reza: “b) Cuando se haya acordado el sobreseimiento libre

determinar su sentido normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión”. (Asunto C-261/09. *Gaetano Mantello*, (Petición de decisión prejudicial: *Oberlandesgericht Stuttgart – Alemania*) STJ (GS) de 16 de noviembre de 2010, (ECLI: EU: C: 2010:683).

⁷⁴⁸ Continúa la misma Sentencia: “...se considera que una persona buscada ha sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos, en el sentido del artículo 3, punto 2, de la Decisión Marco, cuando, a resultas de un procedimiento penal, la acción pública se extingue definitivamente (véanse, por analogía, las sentencias de 11 de febrero de 2003, as. *Gözütok y Brügge*, C 187/01 y C 385/01, y de 22 de diciembre de 2008, as. *Turanský*, C 491/07) o incluso cuando las autoridades judiciales de un Estado miembro adoptan una resolución mediante la cual se absuelve definitivamente a un acusado de los hechos imputados (véanse, por analogía, las sentencias *Van Straaten*, y *Turanský*)”. Es decir, se remite directamente también en materia de ODE a la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

⁷⁴⁹ Si el Estado emisor de la orden afirma que el asunto en cuestión no estaba definitivamente juzgado, el Estado de ejecución ha de aceptarlo sin poder oponer la vulneración del *bis in idem* como motivo de denegación.

⁷⁵⁰ CEDEÑO la criticaba como copia casi literal respecto a la DM y consideraba como opción positiva haber podido introducir en la normativa nacional otros motivos *ex novo* de denegación como el *ne bis in idem* en cuanto a decisiones de la Corte Penal Internacional, con encaje no en la letra de la DM pero sí por inferirse del resto de su articulado o vgr. atendiendo al considerando 12 de la DM y art 1.3 en principios generales. (*op.cit.*, nota 747).Y así, la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la ODE como causas de denegación obligatoria señalaba: “a) Cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución española se desprenda que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro distinto del Estado de emisión, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena”.(art. 12.1). La única modificación introducida respecto al DM, al referirse a un “estado *distinto* del de emisión” en realidad era fuente de confusión sin que pudiera en modo alguno admitirse una hermenéutica literal del precepto que permitiese precisamente *un bis in idem* respecto al Estado que emite la orden. Era absurdo oponer el *ne bis* al estado emisor que trata de ejecutar su previa sentencia condenatoria y emite la orden para ello pero no si en ese mismo Estado existía otra sentencia por los mismos. No solo el precepto resultaba confuso sino que evidenciaba una pésima técnica legislativa. Era aparentemente positivo que la literalidad de la ley española (al igual que la DM) obviara el estricto término de sentencia firme en ese motivo si bien al contemplarse a continuación expresamente el sobreseimiento libre como otra causa (esta vez facultativa), conllevaba que la causa obligatoria en la práctica se equiparase a una sentencia firme en el ordenamiento español.

⁷⁵¹ El actual precepto en vigor en virtud de la Ley de reconocimiento mutuo solo ha corregido parcialmente tales deficiencias.

en España por los mismos hechos. c) Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea de detención y entrega haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales. d) Cuando la persona objeto de la orden europea de detención y entrega haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena”.

Había merecido una valoración negativa la inclusión general en el DM (y también en la inicial Ley española) de los requisitos relativos a la ejecución de la condena, que no resultaban sino indicadores del fracaso del principio de confianza y que crearon un cierto debate doctrinal en los casos de suspensión de condena. Parece evidente que en nuestro ordenamiento no plantea grandes problemas subsumir ese supuesto en una ejecución de condena en sentido lato,⁷⁵² interpretación que se acomoda a la del TJ que a efectos del artículo 54 CAAS consideraba que la condena se está “ejecutando” desde que se hace ejecutiva y durante todo plazo suspensión pena, y transcurrido se entenderá “ejecutada” a tal efecto.⁷⁵³ En todo caso, al menos, la actual redacción legal parece más acertada restringiendo la exigencia de tales requisitos de ejecución a los supuestos de aplicación del *ne bis in idem* a los Estados terceros. (Art. 48.d).

En cuanto a los motivos facultativos, (que serán aducidos o no a criterio de la autoridad judicial en cada caso concreto) la DM completaba el régimen del *ne bis in idem* con la inclusión (en el art. 4) de varios motivos de tal naturaleza, incluyendo la litispendencia en el Estado de ejecución (como fase previa a la cosa juzgada) (art.4.1.2). Queda excluida la litispendencia en otros Estados, supuesto que en todo caso sería de difícil conocimiento y comprobación.⁷⁵⁴ Dicha causa facultativa es la única mantenida

⁷⁵² El artículo 80CP permite suspender condenas privativas de libertad de menos de 2 años, durante un periodo en el que se somete al penado a una serie de condiciones propias de la fase de ejecución, controladas judicialmente y sin perjuicio de que la consecuencia más gravosa de la pena obviamente quede *pendiente conditione*. (Dicha posibilidad se mantiene, reformado dicho precepto legal también en la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

⁷⁵³ El TJ en la Sentencia 18 julio de 2007, As. *Kretzinger* (citada en nota 733), justificaba la finalidad de tales requisitos de ejecución (con ocasión de su diferenciación con la detención o prisión provisional que no podrían considerarse condena en ejecución aunque luego fueran compensados tales periodos) señalando que “... la finalidad de una detención provisional es muy diferente de la finalidad del requisito de ejecución previsto en el artículo 54 del CAAS. Mientras que la finalidad de aquélla es más bien preventiva, la del requisito de ejecución es evitar que una persona que ha sido condenada mediante sentencia firme en un primer Estado contratante no pueda ser enjuiciada por los mismos hechos –y, por consiguiente, acabe resultando impune– en el supuesto de que el primer Estado de condena no llegue a ejecutar la pena impuesta”.

⁷⁵⁴ También el art. 12.2 b) LOEDE contemplaba el mismo supuesto: estar sometido a procedimiento penal en España por el mismo hecho.

como tal en la actual redacción de la Ley de reconocimiento mutuo que la recoge en su artículo. 48. 2 a).⁷⁵⁵ Los otros supuestos igualmente facultativos que regulaba la DM y anterior Ley española (otras resoluciones definitivas de cierre de las investigaciones y enjuiciamiento definitivo por idénticos hechos por un tercer Estado, con los requisitos del CAAS en cuanto a la ejecución de la eventual condena) han sido transformados por la nueva Ley de reconocimiento mutuo en motivos obligatorios.⁷⁵⁶

Ya inicialmente otros Estados miembros al transponer la DM habían convertido los supuestos facultativos en obligatorios (extremo negativamente valorado por la Comisión) y dicha opción ha sido ahora acogida por el legislador español que, en su reciente reforma legislativa sólo conserva como motivo facultativo el relativo a la litispendencia, convirtiendo todos los supuestos englobados en la proscripción del *ne bis in idem* como motivos obligatorios de denegación. Si bien puede afirmarse que el legislador nacional está legitimado para hacer uso restrictivo de ese margen de discrecionalidad en su caso reservado al Juez en la materia, no puede dejar de notarse que ello resta garantías a un sistema que precisamente pretendía la plena judicialización de la materia extradicional y supone un refuerzo del tratamiento de este derecho fundamental como frente de resistencia frente a la eficacia del reconocimiento mutuo. En otro sentido, puede considerarse que la nueva regulación podría tener el efecto positivo de reforzar la seguridad jurídica y previsibilidad de las resoluciones judiciales, favoreciendo el principio de igualdad de trato entre reclamados.

En todo caso, ha optado el legislador por restringir así el margen de acción y discrecionalidad de sus autoridades judiciales, impidiendo la génesis de una jurisprudencia eventualmente más implicada en la creación de un verdadero ELSJ y evidenciando una cierta desconfianza en la actividad tutelar de los jueces en esta materia como garantes de los derechos fundamentales del sujeto pasivo en el proceso penal, consagrando con ello una evolución en sentido inverso a la desarrollada por las instituciones de la UE que vienen apostando decididamente por un renovado

⁷⁵⁵ “La autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea de detención y entrega en los casos siguientes: a) Cuando la persona que fuere objeto de la orden europea de detención y entrega esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea de detención y entrega”. (Art. 48.2.a) de la Ley de reconocimiento mutuo.

⁷⁵⁶ Reza el DM como motivos facultativos: “Cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluir, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales. (art. 4.3 DM). Y “cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena” (art. 4.5 DM) (En el mismo sentido la anterior Ley española los incluía como como opciones facultativas, siendo ahora de naturaleza obligatoria).

protagonismo de las autoridades judiciales nacionales en el proyecto de configuración de un ELSJ.⁷⁵⁷

Es muy revelador también para analizar la evolución del reconocimiento mutuo en la materia, el tratamiento que una década más tarde efectúa el legislador europeo del *ne bis in idem* con ocasión de otra norma, esta vez una Directiva también exponente de aquel (bien que con una naturaleza claramente mixta como ya se ha señalado en su análisis). Y así, tras un cierto escándalo doctrinal ante la tentativa en la primera propuesta de la Orden Europea de Investigación de eliminar dicha causa de exclusión (*en pro* de un mal entendido fin automatizador de esta suerte de “exhorto probatorio”) el texto definitivo de dicha Directiva de OEI (aún no implementada, dada su reciente aprobación), finalmente consagraba el *ne bis in idem* como motivo de denegación facultativo.⁷⁵⁸ La mención de ese derecho fundamental ya consagrado en la Carta (y habiendo entrado en vigor el Tratado de Lisboa) es evidente, aunque se siga refiriendo a él como “principio”⁷⁵⁹

Puede calificarse de versión “descafeinada” del principio *ne bis in idem* la contenida en esta Directiva, que limita su eficacia obstativa a la cooperación judicial y libre circulación probatoria a su mínima expresión. Señala su texto que “Dado el carácter preliminar de los procedimientos subyacentes a la OEI, su ejecución no debe ser objeto de rechazo cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in idem*, o cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos”.

⁷⁵⁷ Precisamente sobre discrecionalidad judicial en esta materia es significativa la sentencia STC STC (Sala 2ª) 191/2009, de 28 de septiembre de 2009 (Recurso de amparo 2883-2005), BOE núm. 254 de 21 de octubre de 2009, que en supuesto de concurrencia de una causa facultativa dejaba al arbitrio del órgano judicial la decisión de aplicarla o no, exigiendo únicamente que se motiven las razones por las que accedía a la entrega pese a existir un motivo que le hubiera permitido su denegación. (En ese caso se accedió a la entrega ya que pese a estar los hechos prescritos en España, no lo estaban en Estado reclamante y se consideraban hechos graves). Es interesante que el TC entendiera que dicha motivación era suficiente, apostando por la discrecionalidad del Juez en el caso concreto.

Sobre esta materia: SCHUNEMANN, B., *op cit*, nota 43; SANTOS VARA, J., “La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº8, 2005, (pp. 12 y ss); 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”, en *Revista electrónica de estudios Internacionales* nº10, 2005, (pp.1-32).

⁷⁵⁸ Art. 11.1. “Sin perjuicio del artículo 1, apartado 4, se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una OEI en el Estado de ejecución: d) cuando la ejecución de la OEI fuera contraria al principio de *ne bis in idem*”.

⁷⁵⁹ Señala el considerando 17 que “El principio *ne bis in idem* es un principio fundamental del Derecho de la Unión”.

Desde un punto de vista formal, este motivo de denegación de cooperación transnacional europea en materia probatoria parece ofrecer plenas garantías para el sospechoso o acusado, siendo coherente con la prohibición de enjuiciar a un sujeto dos veces por los mismos hechos delictivos. Ahora bien, desde el punto de vista de su aplicación práctica, surgen diversas cuestiones. En primer lugar, ¿Cómo determinar *a priori* si la petición de prueba podría contravenir el principio de *ne bis in idem*, salvo que se trate de un asunto que hubiese adquirido notoriedad en el Estado de ejecución o al nivel europeo? En segundo lugar, conforme a la sucinta descripción de los hechos que ha de realizarse en el formulario de petición de una OEI, la identificación del *idem* tampoco resultará sencilla. En la práctica, serán previsiblemente las partes quienes hayan de invocar su concurrencia para lo cual habrán de tener no sólo puntual conocimiento de la emisión de la orden sino también oportunidad efectiva de personarse en tiempo y forma en el procedimiento a los efectos de poder recurrir la resolución en cuestión, con las dificultades que ello conlleva.

Por otro lado, esa suerte de *garantía* contemplada en la Directiva se circunscribe a una mera afirmación por parte de la autoridad requirente de que la prueba a la que se refiere la OEI no se utilizará para contravenir el principio del *ne bis in idem*, lo que parece evitar *ab initio* que la autoridad requerida pueda invocar este motivo para denegar el cumplimiento de la OEI. Tal previsión obedece a una concepción del reconocimiento mutuo en estado cuasiabsoluto que *de facto* podría neutralizar la propia eficacia de esta causa de denegación. Supone una mera formalidad, pues es solo una manifestación expresa de la autoridad emisora de que respeta los derechos reconocidos en el Derecho europeo y, en particular, en el artículo 50 de la Carta. Parece una mera declaración formal (casi de formulario) por la que la autoridad requerida no habría de realizar un análisis acerca de si la remisión de la prueba solicitada contraviene o no el principio de *ne bis in idem*, al contar con esa suerte de aval ofrecido por la autoridad requirente asegurando que velará por la tutela de dicho principio. Este mecanismo, expresión de una especie de confianza ciega, plantea problemas doctrinales y prácticos que solo su implementación en las legislaciones nacionales, su práctica y ulterior interpretación por parte del TJ permitirá concluir en qué medida tutela el principio *ne bis in idem* en este ámbito de libre circulación probatoria en la misma línea jurisprudencial que la trazada hasta la fecha.

No ha de obviarse sin embargo que evidentemente al ser una Directiva con máxima operatividad en sede de instrucción o investigación criminal y no estando en modo alguno resuelta la problemática relativa a la existencia de procesos o

investigaciones paralelas en los distintos Estados miembros de la UE, era lógico asumir que el protagonismo de este derecho estaría notoriamente reducido en este campo como así ha sido. Precisamente en sentido contrario a lo expuesto sobre la nueva implementación de la ODE en nuestro ordenamiento nacional, en que el *ne bis in idem* ha resultado reforzado como límite efectivo (“preceptivo” como regla general), a la cooperación judicial fundada en un amplio reconocimiento mutuo, habida cuenta la gravedad de intereses en juego en la utilización de dicho instrumento (ODE) directamente comprometido con la libertad personal de sospechosos y acusados.

Ha de concluirse pues, siguiendo a la doctrina más autorizada ⁷⁶⁰que el *ne bis in idem* no es regla absoluta sino un derecho fundamental sometido a ponderación y restricciones en colisión con otros derechos e intereses legítimos, límites que no deben identificarse con una defensa a ultranza de la propia idea de soberanía ni suponer un atrincheramiento nacional tras una ciega tutela del *ius puniendi* estatal sino más bien con la defensa integral de los derechos fundamentales, muy especialmente las garantías procesales en el Espacio Judicial Europeo, de conformidad con las peculiaridades propias del mismo. El difícil equilibrio entre una regulación rigurosa (a nivel europeo y nacional) que permita instaurar cotas razonables de seguridad jurídica y un margen de discrecionalidad judicial en su aplicación, que pueda garantizar en el caso concreto la tutela de todos los derechos fundamentales implicados bajo criterios de justicia material, cobra aquí especial relevancia.

E- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL. *¿Hacia un estándar europeo de tutela judicial?*

E1. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ¿UN DERECHO YA PROPIAMENTE EUROPEO? *Dimensión europea del derecho a la tutela judicial efectiva. Carta v. Constitución española: Implicaciones de la Sentencia Melloni*

La pregunta que planea a lo largo de todo este análisis sobre la renovada dimensión de las garantías procesales penales en el Espacio Judicial Europeo y su

⁷⁶⁰ Vid., NIETO MARTÍN, *op.cit.*, nota 696.

trascendencia para la labor del Juez de Instrucción nacional, reiteradamente formulada a lo largo del detenido y pormenorizado estudio de todas aquellas que configuran el concepto global de proceso justo o debido, cobra aún más sentido frente al análisis del derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello en tanto que, si en algún derecho fundamental procesal es indiscutible el protagonismo de la actuación judicial, ha de ser obviamente en la salvaguarda de este, en su doble vertiente, como derecho al proceso (previo al mismo) y como derecho intrínsecamente relacionado con las otras garantías penales que han de ser tuteladas durante el procedimiento, culminando en una respuesta judicial motivada, conforme a derecho y ejecutiva.

Por esa vocación integradora y global es lógico que no exista en la actualidad (a diferencia de los otros derechos fundamentales ya examinados), un proyecto legislativo específico por parte de las instituciones de la UE con fines armonizadores de esta garantía si bien precisamente en torno a ella, se pone de manifiesto la complejidad así como las peculiaridades inherentes a un proceso penal transnacional en un proyecto de Espacio Judicial Europeo que desencadena nuevos y apasionantes retos para el Juez nacional.⁷⁶¹

Su especificidad “europea” es sin embargo obvia si atendemos a la profusa jurisprudencia del TJ en la materia y a la consagración en un precepto independiente de la Carta de dicha garantía sustancial. Y así, en el mismo precepto (art. 47 del Título V, “Justicia”) contempla la Carta el derecho a la tutela judicial efectiva y a un Juez imparcial, diferenciando en su regulación tres párrafos de desigual contenido y alcance: el primero en que se declara de forma genérica y amplia el derecho a la tutela (“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”), el segundo, concretando el derecho a una causa que sea “oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un Juez independiente e imparcial, establecido previamente por la Ley”, terminando con la proclamación del derecho de defensa (“Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”) y por último el derecho a la justicia gratuita (“Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y

⁷⁶¹ Como se ha ido reseñando en el análisis de las respectivas DM, Directivas y propuestas en la materia, la referencia explícita del legislador europeo al derecho a la tutela judicial efectiva en interconexión con los otros derechos fundamentales procesales es frecuente.

cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”).⁷⁶²

Así pues, la Carta reconoce a “toda persona” el derecho a la tutela judicial y su efectiva prestación para la defensa de los derechos y libertades que les reconoce el ordenamiento de la Unión, a través de un procedimiento equitativo y público, seguido en un plazo razonable ante un Juez independiente e imparcial, previamente establecido en la ley. Dicha garantía incluye el derecho a ser defendido y representado en juicio y de forma gratuita si fuere preciso para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. La proclamación de este derecho, de forma paralela al art. 6.1 del CEDH goza, pues, de una doble dimensión, que le otorga, como a todos los derechos fundamentales y libertades públicas, una suerte de reforzado vigor en tanto que previsión positiva y principio inspirador.⁷⁶³

Es así pues, derecho, principio y garantía, configurándose como derecho fundamental de prestación si relacionamos la norma con el artículo 19 TUE que, entre las disposiciones institucionales, (tras atribuir al TJ en su primer apartado la tarea de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación de los Tratados), obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, limitando parcialmente la soberanía de los Estados miembros al exigirles una actuación positiva de regulación en sus ordenamientos internos de los cauces procesales pertinentes que sirvan a tal fin, para concretar aquel mandato de la Carta, gozando dicho precepto de un evidente efecto directo y por ello, exigible ante las jurisdicciones nacionales incluso ante la omisión legislativa de los correspondientes Estados.

El artículo 47 de la Carta ha de ser interrelacionado no sólo con el meritado artículo 19 TUE (y arts. 251 a 281 TFUE), sino también en el orden internacional con los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14.1 del PIDCP y sobre todo, con los artículos 6.1 y 13 del CEDH. Igualmente esta garantía está consagrada mayoritariamente en las constituciones nacionales (en nuestro ámbito, por

⁷⁶² Ya desarrollados el derecho de defensa y a la asistencia jurídica gratuita, así como las otras garantías que en su conjunto integrarían el concepto de proceso equitativo y público, ha de centrarse esta exposición en el derecho a la tutela judicial en sentido genérico, consagrado en la Carta desde la perspectiva penal que nos ocupa e intrínsecamente ligado al derecho al Juez independiente e imparcial preestablecido por Ley, garantía que será afrontada en siguiente epígrafe.

⁷⁶³ Vid., HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión*, <http://www.elderecho.com/administrativo/ordenamiento-Union-Europea-Lisboa> (última consulta, 15 de diciembre de 2014); TRIGUERO MARTÍNEZ L.A., en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ., J.L., (dir. y coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares SL, Granada, 2012, pp. 1237-1249.

el art 24 CE). Siendo la similitud entre tales textos obvia, en ningún caso puede hablarse de identidad plena en el reconocimiento del derecho ni su alcance.⁷⁶⁴

La regulación de la Carta ha sido merecedora de un juicio positivo, siendo calificada como avance técnico jurídico en la regulación del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a los otros textos internacionales, acogiendo una dimensión más amplia que aquellos (incluye la tutela o preservación del total de derechos y libertades garantizadas en el Derecho de la Unión en todos los órdenes jurisdiccionales). Vincula a las instituciones y órganos de la propia UE y también a los Estados miembros cuando aplican los derechos que garantiza el ordenamiento de la UE.

Lo conforma como un derecho humano fundamental con un carácter social inherente en su doble vertiente de derecho y garantía, con la virtud de homogeneizar la protección de todas las personas frente a eventuales vulneraciones de sus derechos. Su enclave en el Título Justicia enfatiza su carácter de derecho de acción procesal aunque sea también un derecho social fundamental. Presenta este derecho una “fundamentalidad” formal (reconocido por las constituciones nacionales) y material (ya que por su reconocimiento se está garantizando el resto de derechos fundamentales).⁷⁶⁵

Este derecho presenta como derechos consustanciales a la propia tutela (para algunos autores, aspectos o facetas de la misma) los derechos que configuran el concepto de proceso justo o debido, dotando de pleno sentido a la garantía clave del derecho básico de acceso al proceso, encomendando su preservación a un Juez independiente, imparcial y predeterminado por la ley, también como presupuesto *sine qua non* de la misma. Subraya la doctrina que el artículo 47 de la Carta está inspirado en el art 6.1⁷⁶⁶ y 13 CEDH bien que ampliando su contenido (a todos derechos y libertades garantizados por el ordenamiento jurídico de la UE y no sólo en ámbito civil y penal) y enfatizando su efectividad, (garantizar un recurso efectivo con regulación expresa del derecho a la asistencia jurídica gratuita), personalizando la tutela en la figura

⁷⁶⁴ GALERA señalaba las correspondencias del art. 47 con el CEDH: art. 47 primer párrafo, *right to an effective remedy* en art. 13 CEDH, art. 47 segundo párrafo, *right to a fair trial* en art. 6 CEDH, art. 47 tercer párrafo, *Legal aid* reconocido en *case law* del TEDH como parte del derecho de acceso a los tribunales. (*op.cit.*, nota 672).

⁷⁶⁵ Señala TRIGUERO que: “...desde los postulados de la teoría de los derechos humanos fundamentales de la persona (ALEXY 1993, FERRAJOLI 2006, BOBBIO 1991), que de forma tan presente se halla en la Carta en su versión consolidada del año 2007, así como de la interdependencia, comunicabilidad y conexión entre todos los que conforman aquellos y esta última, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura como un derecho social fundamental de la persona con un marcado carácter de libertad y de prestación”. TRIGUERO, *op.cit.*, nota 764, p. 1241.

⁷⁶⁶ Artículo 6 CEDH: “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 la 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”.

indudablemente protagonista del Juez. Ese protagonismo judicial se asume en forma descentralizada,⁷⁶⁷ salvaguardando este derecho primordialmente los Jueces nacionales de los Estados miembros bien que también el TJ en el seno de los recursos de que conoce. Así lo fue entendiendo progresivamente la jurisprudencia del TJ que inicialmente lo consagró como principio general de derecho⁷⁶⁸. Ante las jurisdicciones nacionales en los procedimientos en que se aplica el derecho de la UE, el TJ venía señalado que el principio de cooperación leal exigía que los Tribunales nacionales proporcionen la tutela judicial de los derechos que el ordenamiento jurídico UE (y su efecto directo) confiere a los justiciables europeos, tutela que para ser efectiva habría de estar garantizada por recursos regulados por el ordenamiento interno con normas no menos favorables que las reguladoras de recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y sin hacer imposible su ejercicio en la práctica (principio de efectividad)⁷⁶⁹. El sistema procesal nacional debía respetar dentro de esos parámetros el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso excepcionalmente podría verse completado de forma imperativa por las exigencias del ordenamiento de la UE (que en determinadas circunstancias podría exigir la creación de una nueva vía de recurso si fuera necesario).⁷⁷⁰ Ello no implica que esta garantía europea exija la regulación en los ordenamientos nacionales de una acción autónoma que tenga por objeto impugnar la conformidad de disposiciones nacionales con el ordenamiento de la UE⁷⁷¹. Así pues, por la propia exigencia del artículo 19 del TUE en su redacción tras la reforma de Lisboa, no

⁷⁶⁷ MANGAS MARTÍN, A., *op.cit.*, nota 159.

⁷⁶⁸ Sentencias dictadas en: Asunto 222/84. *As Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, STJ de 15 de mayo de 1986, (ECLI:EU:C:1986:206); Asunto 222/86, *Heylens y otros*, (Petición de decisión prejudicial: Tribunal de grande instance de Lille – Francia), STJ de 15 de octubre de 1987, (ECLI:EU:C:1987:442) y Asunto C-97/91, *Oleificio Borelli SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, STJ de 3 de diciembre de 1992, (ECLI:EU:C:1992:491).

⁷⁶⁹ Sentencias dictadas en: Asunto .REWE I, y REWE II. (Asunto 33-76, *Rewe-Zentralfinanz eG y Rewe-Zentral AG contra Landwirtschaftskammer für das Saarland*. Petición de decisión prejudicial: Bundesverwaltungsgericht – Alemania), (Rewe I), STJ de 16 de diciembre de 1976. (ECLI: EU: C: 1976:188) y asunto 158/80. *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH y Rewe-Markt Steffen contra Hauptzollamt Kiel*. (Petición de decisión prejudicial: Finanzgericht Hamburg – Alemania). (Rewe II), STJ de 7 de julio de 1981, (ECLI: EU: C: 1981:163).

⁷⁷⁰ Vgr. asunto C-213/89. *Factortame Ltd y otros*, (Petición de decisión prejudicial: House of Lords - Reino Unido), STJ de 19 de junio de 1990, (ECLI: EU: C: 1990:257).

⁷⁷¹ La Sentencia *Unibet* de 13 marzo de 2007, después de recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva es un principio general del derecho comunitario, emanación de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, consagrado en el Convenio de Roma y ratificado en la Carta (que los jueces nacionales han de satisfacer en el ámbito del derecho comunitario, por así exigirlo el principio de cooperación), subrayaba que ese derecho fundamental no pide, *per se*, la existencia en el orden procesal interno de un procedimiento o de un incidente autónomo que tenga por objeto principal impugnar la conformidad de las leyes nacionales con el derecho de la Unión. Tal garantía ciudadana queda satisfecha si se suministran otros cauces procesales efectivos que satisfagan los mencionados principios de equivalencia y de efectividad. Ahora bien, para que sea así, resulta menester que esa ordenación procesal permita la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de los derechos que emanan a favor del justiciables del ordenamiento de la Unión hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad con ella de la regulación nacional medidas cautelares que se han de adoptar en virtud de los criterios establecidos en el derecho nacional. (Asunto C-432/05 *Unibet (London) Ltd. y Unibet (International) Ltd. contra Justitiekanslern*. (Petición de decisión prejudicial: Högsta domstolen - Suecia), STJ (GS) de 13 de marzo de 2007, (ECLI: EU: C: 2007:163).

podrán obviar los Estados miembros el establecimiento de las vías de recurso necesarias y eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión encomendadas a los órganos judiciales nacionales ante quienes se ha de invocar este derecho en ámbitos de aplicación del ordenamiento de la UE.

En la exigencia de tutelar el derecho al proceso equitativo se nota la influencia del debido proceso contemplado en el art 6.1 CEDH, bien que ampliando su ámbito (frente al estricto orden civil y penal amparado por el CEDH) e incluyendo también la referencia expresa al Juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley en el centro de esta garantía (como elemento esencial desde postulados de independencia, imparcialidad y legalidad).

De otro lado, este derecho podrá igualmente esgrimirse ante las distintas instancias del TJ, respecto de las cuales también la Jurisprudencia había ido estableciendo su plena exigibilidad, y en tal sentido propiciando vías de flexibilización de los criterios de legitimación activa de los particulares en los recursos ante el mismo.⁷⁷² Y así, puede considerarse que la reforma de Lisboa ha ahondado en la efectividad de este derecho, no solo mediante la eficacia jurídica plena conferida a los derechos de la Carta sino también desde la nueva perspectiva institucional. Y ello, atendiendo a la nueva redacción del artículo 263 TFUE que amplía la legitimación de los particulares (para actos reglamentarios y que afecten directamente al demandante y no incluyan medidas de ejecución) así como respecto al nuevo diseño de las competencias judiciales del TJ.⁷⁷³ Todo ello, sin olvidar cómo el propio art. 19 TUE consagra igualmente la tarea nuclear del TJ como garante del respeto a una uniforme interpretación y aplicación de los Tratados, regulando los cauces procedimentales para

⁷⁷² En los recursos de anulación contra normas del derecho de la UE, el TJ venía aplicando restrictivamente el criterio de afección directa e individual, ampliándose luego las condiciones de acceso a los particulares. Vgr. el Tribunal de Primera Instancia terminó señalando que “El concepto de persona individualmente afectada en el sentido del Tratado CE ya no se interpreta de manera que solo permite excepcionalmente a los particulares impugnar los reglamentos sino que recibe una nueva definición en que una disposición comunitaria de alcance general le afecta directamente, si la disposición en cuestión afecta, actual e indudablemente, a su situación jurídica limitando sus derechos o imponiéndole obligaciones” (Asunto T-177/01. *Jégo-Quéré & Cie SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de mayo de 2002. (ECLI: EU: T: 2002:112).

⁷⁷³ Señala HUELÍN que los procesos por incumplimiento (arts. 258 a 260), el recurso de nulidad (art. 263) y el de carencia (art. 265) extienden su disciplina con la misma intensidad a todos los productos, normativos o no, de la Unión (con excepción de los referentes a la política exterior y de seguridad común –art. 275 –) abriéndose la posibilidad de forzar a un Estado miembro al cumplimiento de sus compromisos ya tanto en el ámbito del mercado interior como en el propio del espacio de libertad, justicia y seguridad (residuando como única limitación la carencia de competencia del TJ en el ejercicio de las funciones propias del mantenimiento del orden público y de la seguridad en el interior de un país, art. 276). *Vid* HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J, “Los efectos del Tratado de Lisboa sobre los pilares de la Unión Europea: una visión jurisdiccional”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, El Derecho editores, (publicado 1 de marzo de 2011), http://www.elderecho.com/administracion_de_justicia/Tratado-Lisboa-Union-Europea-jurisdiccional_11_247180005.html, (última consulta 15 de diciembre de 2014).

ello y muy especialmente y como pieza clave, la cuestión prejudicial de interpretación y validez.

Atendiendo pues a la consagración de este derecho fundamental por la Carta y la estructura de recursos judiciales regulada por los Tratados así como la frecuente invocación y construcción progresiva de este derecho fundamental en sede europea por el TJ, y (como se verá en siguiente epígrafe) atendiendo a la posición clave de la cuestión prejudicial como bisagra de interacción entre los Tribunales nacionales y el TJ, no puede negarse la existencia de una dimensión europea del derecho a la tutela judicial efectiva en el seno del ordenamiento de la UE. Si bien la mayoría de pronunciamientos judiciales relevantes hasta la fecha se han producido en materia ajena al orden penal,⁷⁷⁴ el reciente desarrollo de la regulación garantías procesales de sospechosos e imputados en sede europea, propiciará previsiblemente una creciente intervención hermenéutica del TJ en la delimitación de este derecho como garantía procesal penal así como indirectamente de cada una de las garantías interconectadas con la misma como parte del proceso debido,⁷⁷⁵ todo ello en directa correlación con los innumerables pronunciamientos del TEDH.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ Vid. comentarios de ALONSO GARCÍA, R. Y SARMIENTO D., *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson Civitas, editorial Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2006.

⁷⁷⁵ El TJ incluso antes de la Carta había reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva en muchísimas Sentencias, (vgr. en la Sentencia *Borelli*, (citada en nota 769) y también en la recaída en Asunto C-269/99. *Carl Kühne GmbH & Co. KG y otros contra Jütro Konservenfabrik GmbH & Co. KG*, (Petición de decisión prejudicial: *Landgericht Hamburg – Alemania*), STJ de 6 de diciembre de 2001, (ECLI: EU: C: 2001:659). Fue invocado directamente el artículo 47 por el TPI en Asuntos acumulados T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01, *Philip Morris International, Inc y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de enero de 2003. (ECLI:EU:T:2003:6) y en Asuntos acumulados T-116/01 y T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya), SA (T-116/01) y Diputación Foral de Vizcaya (T-118/01) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003 (ECLI:EU:T:2003:217). Muy recientemente y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en los distintos ámbitos de su competencia el TJ ha invocado e interpretado indirectamente el contenido de este derecho, vgr en as. *Telefónica* (Asunto C-295/12 P, *Telefónica, S.A., Telefónica de España, S.A.U./Comisión Europea, France Telecom España, S.A., Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), European Competitive Telecommunications Association*, STJ de 10 de julio de 2014, (DO C 315 de 15 de septiembre de 2014, p. 3/3); Asunto C-300/11, *petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) — Reino Unido — ZZ/Secretary of State for the Home Department*, STJ (GS) de 4 de junio de 2013, (DO C 225 de 3 de agosto de 2013, pp. 7/7) y Asunto C-418/11, (petición de decisión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Innsbruck — Austria*) — *TEXTDATA Software GmbH*, STJ de 26 de septiembre de 2013, (ECLI:EU:C:2013:588), estas últimas sobre libre circulación de personas y libertad de establecimiento. Vid., Asuntos acumulados T-307/12 y T-408/13.) *Adib Mayaleh contra Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) de 5 de noviembre de 2014 (en materia Política exterior y de seguridad común, medidas restrictivas adoptadas contra Siria).

⁷⁷⁶ Tampoco aquí es posible acometer ni siquiera de forma resumida la doctrina jurisprudencial del TEDH (meramente apuntada con ocasión del análisis y exposición individual de cada garantía), si bien valga como ejemplo muy genérico de la doctrina del TEDH sobre artículos 6 y 13 CEDH las Sentencias dictadas en as. *GOLDER v. RU* (sobre derecho a acceso a la justicia y sus límites); as. *FORGARTY v RU* sobre igualdad armas), as. *BORGERS v. Bélgica*; as. *Nideröst –HUBER v. Suiza*; as. *HAUSCHILDT v. Dinamarca* (sobre independencia e imparcialidad del tribunal) y sobre celeridad del proceso, en as. *PRETTO v. Italia*. También las dictadas en as. *HORNSBY v. Grecia* sobre el derecho a la ejecución de sentencias, y sobre derecho de defensa y representación ante tribunales, (as. *POITRIMOL v. Francia*). A su vez el TEDH invocó

En el ámbito estrictamente penal, no puede dejar de mencionarse aquí la reciente y significativa sentencia recaída en el Asunto *Melloni*⁷⁷⁷ en que el TJ en respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el TC español, configura de forma autónoma el concepto de tutela judicial efectiva del art 47 de la Carta, diferenciándola expresamente de la interpretación que del derecho homónimo del art 24 CE⁷⁷⁸ efectúa el TC español en materia de juicios en rebeldía (mejor, en ausencia del imputado), todo ello en relación a la normativa nacional española reguladora de la euroorden. De dicha Sentencia han de extraerse dos conclusiones básicas: de un lado la no identificación plena entre el alcance del art 47 Carta y el art. 24 CE (respectivamente consagración genérica del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión y ámbito “europeo” y “nacional”) y de otro, cómo el Juez nacional español queda vinculado a la obligación de salvaguarda de ambos derechos en su consiguiente extensión, en cada uno de sus ámbitos respectivos de actuación, debiendo en el ámbito sujeto al ordenamiento jurídico de la UE, respetar la primacía del mismo incluso si ello supone desplazar o ignorar la interpretación constitucional interna que de dicho derecho fundamental venía efectuando el TC español.

Efectivamente ha de partirse del hecho incontestable de que nuestra CE consagra en forma ampliamente garantista el derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 24 CE, reconociéndola a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos como derecho a tener acceso al sistema judicial y obtener, tras un proceso con todas las garantías, una resolución motivada, fundada en derecho y ejecutiva. Correlativamente se proclama el derecho a no sufrir indefensión. En mayor medida que otros derechos fundamentales, su contenido y límites han sido configurados

tempranamente el artículo 47 de la Carta en Sentencia de 12 abril de 2006 (as. *MARTINIE v. Francia*). (*GOLDER v. RU* nº 4451/70, 21 de febrero de 1975, Series A nº 18; *FOGARTY v. RU* nº 37112/97, 21 de noviembre de 2001, Reports 2001-XI; *HAUSCHILDT v. Dinamarca*, nº 10486/83, 24 de mayo de 1989, Series A nº 154; *HORNSBY v. Grecia*, nº 18357/91, 19 de marzo de 1997, Reports 1997-II; *MARTINIE v. Francia* nº 58675/00, 12 de abril de 2006, Reports 2006-VI; *PRETTO Y OTROS v. Italia*, nº 7984/77, 8 de diciembre de 1983 Series A nº 71 y *SSTEDH BORGERS Y POITRIMOL* ya citadas en notas 220 y 396, respectivamente). Vid. también la citada STC (Sala 1ª) 17/2006, de 30 de enero de 2006 (Recurso de amparo 6707-2001), BOE núm. 51 de 01 de marzo de 2006.

⁷⁷⁷ vid notas 178, 182, 186, 188, 741.

⁷⁷⁸ El artículo 24 de la Constitución Española de 1978 establece que: “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”.

por la interpretación jurisprudencial del TC (siendo la garantía más invocada con ocasión de los recursos de amparo y dotada de un carácter preferente).⁷⁷⁹

A priori, el art 24 CE podría considerarse incluso más garantista que la Carta en tanto que consagra el derecho a la total justiciabilidad de cualquier derecho o interés legítimo y no solo como un derecho de mero acceso a la tutela sino a su efectiva obtención, con prohibición expresa de indefensión (como toda forma denegatoria de justicia).⁷⁸⁰ Igualmente en nuestro ordenamiento, este derecho posee un carácter tuitivo, como una obligación de resultado que se proyecta sobre todos órdenes jurisdiccionales y toda clase de procesos. Y así, el TC lo ha consagrado como un derecho humano fundamental y universal como garantía de la dignidad de todas las personas, derecho de prestación y de configuración legal.⁷⁸¹

Puede igualmente predicarse la doble dimensión de la tutela judicial, como derecho subjetivo y catálogo de principios y garantías procesales,⁷⁸² que se proyecta en el plano jurisdiccional, (ya que la eficacia real del derecho se mide normalmente frente a la actividad judicial) pero también ante las mismas normas de procedimiento creadas por el legislador para ordenar los procesos judiciales, (ordenamiento jurídico procesal). Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso

⁷⁷⁹ Excede de este estudio el análisis jurisprudencial constitucional en la materia, pudiendo citarse aquí a título mínimamente ejemplificativo: STC (Sala 2ª) 220/1993, de 30 de junio de 1993 (Recurso de amparo 421-1991), *BOE* núm. 183 de 02 de agosto de 1993; STC (Sala 2ª) 109/1987, de 29 de junio de 1987 (Recurso de amparo 215-1986), *BOE* núm. 163 de 09 de julio de 1987 (sobre derecho de acceso a la justicia); STC (Pleno) 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 (Recurso de inconstitucionalidad 285 y 292-1985 (acumulados), *BOE* núm. 7 de 08 de enero de 1988 (derecho a un Juez ordinario predeterminado por ley); STC (Pleno) 145/1988, de 12 de julio de 1988 (Cuestión de inconstitucionalidad 1344 y 1412-1987 (acumulados), *BOE* núm. 189 de 08 de agosto de 1988, (sobre independencia e imparcialidad del tribunal); STC (Sala 2ª) 81/1989, de 8 de mayo de 1989 (Recurso de amparo 848-1987), *BOE* núm. 140 de 13 de junio de 1989, (celeridad del proceso); STC (Sala 2ª) 132/1992, de 28 de septiembre de 1992 (Recurso de amparo 1.627-1990), *BOE* núm. 260 de 29 de octubre de 1992 (derecho de defensa y representación ante tribunales), STC (Sala 2ª) 58/2004, de 19 de abril de 2004. (Recurso de amparo 4979-1999), *BOE* núm. 120 de 18 de mayo de 2004, (derecho a un Juez predeterminado por ley y planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria).

⁷⁸⁰ La jurisprudencia constitucional identifica la indefensión con aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales no sin dejar sentado que la indefensión de alcance constitucional excede de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva (STC (Sala 1ª) 102/1987, de 17 de junio de 1987 (Recurso de amparo 73-1986), *BOE* núm. 163 de 09 de julio de 1987) o, en otras palabras, “un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa” (STC (Sala 2ª) 145/1990, de 1 de octubre de 1990 (Recurso de amparo 619-1988), *BOE* núm. 254 de 23 de octubre de 1990, entre otras). Así pues, la vertiente negativa del derecho a la tutela, “convierte la prohibición de indefensión en el límite más importante”. (STC (Sala 1ª) 6/1990, de 18 de enero de 1990 (Recurso de amparo 1363-1987), *BOE* núm. 40 de 15 de febrero de 1990).

⁷⁸¹ Se proclama como derecho de todas las personas físicas y jurídicas, españolas y extranjeras. (STC (Sala 2ª) 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 (Recurso de amparo 576-1983), *BOE* núm. 305 de 21 de diciembre de 1984 y STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio de 1987 (Recurso de inconstitucionalidad 880-1985), *BOE* núm. 180 de 29 de julio de 1987).

⁷⁸² *Vid.* BORRAJO INIESTA, I., “El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guion de cuestiones” en *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto 2000, pp. 54-55. Y también, NISTAL BURÓN, J., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas privadas de libertad. Un análisis a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Penal* N°32, Lex Nova, Valladolid 2011. pp. 29-47.

sin que por ello la idea misma de indefensión deba limitarse, restrictivamente, “al ámbito de las que puedan plantearse en los litigios concretos sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos”.⁷⁸³

El artículo 24 CE tras proclamar el derecho de acceso a los Tribunales, derecho a la tutela judicial efectiva en sentido estricto, consagra el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, las garantías constitucionales genéricas de todo proceso, o derecho al proceso debido y las garantías constitucionales específicas del proceso penal, incorporando un catálogo de derechos constitucionales de naturaleza jurisdiccional o procesal que vinculan a los sujetos encargados de la ordenación del proceso judicial. La violación de estos derechos supone igualmente violación del derecho a la tutela judicial ya que la tutela efectiva consiste en el derecho a que se abra un proceso en que han de cumplirse esas garantías.

Y esas garantías enumeradas en el artículo 24.2 CE, que se originaron en el proceso penal, pero son exigibles a todo proceso (civil, social, contencioso-administrativo y militar), se engloban en el concepto de “derecho al proceso debido”. De acuerdo con el análisis de la doctrina más autorizada, no ha de identificarse en nuestro ordenamiento el concepto constitucional de proceso “con todas las garantías” y “proceso debido”.⁷⁸⁴ Efectivamente puede aseverarse que no existe identidad de contenidos entre el *due process of law* y el “derecho al proceso con todas las garantías” reseñado en el art 24 CE. El principio del proceso debido es más amplio y obedece a una manifestación jurisdiccional del Estado de Derecho incluyendo el derecho a la tutela judicial efectiva con prohibición expresa de indefensión (art 24.1CE) y también esas otras garantías concretas del proceso no recogidas de forma exhaustiva por el art 24.2CE. El TC, dando un paso más en el desarrollo de derechos y garantías constitucionales determinó que el término “proceso con todas las garantías” no era mera cláusula redundante de estilo o refuerzo de otros derechos fundamentales sino que, manteniendo su autonomía respecto de los derechos fundamentales especificados en art.24 CE, sirve para integrar otras garantías procesales, vgr., muy significativamente las establecidas en normas internacionales sobre derechos humanos aplicables en nuestro ordenamiento por la vía

⁷⁸³ STC (Sala 2ª) 48/1984, de 4 de abril de 1984 (Recurso de amparo 182-1983), *BOE* núm. 99 de 25 de abril de 1984. (Vid. CALDERÓN CUADRADO, M.P, *op.cit.*, nota 258).

⁷⁸⁴ Como se ha señalado al examinar la jurisprudencia constitucional en materia de ilicitud probatoria y con ocasión de la presunción de inocencia, analizando el giro jurisprudencial efectuado a partir de la STC (Pleno) 81/1998, de 2 de abril de 1998 (Recurso de amparo 3.140-1994), *BOE* núm. 108 de 06 de mayo de 1998, siguiendo la tesis de DÍEZ PICAZO, L.M Y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *op.cit.*, nota 640.

prevista en art. 10.2 CE.⁷⁸⁵ En todo caso, desde un punto de vista dogmático muchas son las voces doctrinales que se han alzado críticamente frente a la vigente catalogación de derechos fundamentales y muy especialmente ante la diferenciación entre una consideración autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva y el resto de garantías del art 24 CE.⁷⁸⁶

El TC ha venido considerando el derecho a la tutela judicial efectiva como principio⁷⁸⁷ y derecho de configuración legal y contenido complejo dotado de fuerza expansiva y normatividad inmanente, así como conectado con otros dos principios constitucionales de especial fuerza normativa: el de igualdad y el de presunción de inocencia. Su contenido ha de integrarse en relación a los otros derechos aludidos separadamente en el artículo 24 CE, habiéndose pronunciado el TC en numerosas ocasiones sobre las distintas vertientes del derecho a la tutela: acceso a la jurisdicción, derecho a resolución sobre el fondo, derecho a una resolución motivada, fundada en

⁷⁸⁵ Esa interpretación del TC del año 98 implicaba una suerte de catalogación de derechos fundamentales que dentro del derecho a un proceso “con todas garantías” incluía de forma negativa y excluyente todas las que no se encuentran en la CE de forma específica. Cerraba el sistema ante una posible insuficiencia de los mecanismos de protección procesal reconocidos específicamente en el resto de los derechos fundamentales, no como una cláusula omnicompreensiva. Por ello se rechazaba el recurso a este derecho *residual* si ya existía otro derecho específicamente reservado por la CE o por la jurisprudencia constitucional. (a modo de ejemplo suponía una reubicación de la garantía consistente en que las pruebas ilícitas sean ineficaces por influencia de las normas internacionales y del TEDH en un derecho fundamental de corte genérico.-cuando esa garantía inicialmente solo estaba conectada a la presunción de inocencia-).

⁷⁸⁶ Y así es muy inspiradora la reflexión contenida en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S, *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2006. El autor llama la atención sobre la falta de rigor y “hegemonía en España del denominado Derecho dúctil y Derecho Constitucional de libre creación que chocan de pleno con la seguridad jurídica y con cualquier Estado de Derecho digno de tal nombre”. Critica la “creación *ad libitum* de series de derechos “multiplicación legal de derechos fundamentales y calificación como tales de lo que considera “necesidades que por el ferviente deseo de que sean satisfechas calificamos erróneamente de derechos fundamentales o humanos”. Igualmente denuncia la desnaturalización de los derechos individuales (que achaca a la influencia de la corriente axiológica de interpretación de la Constitución y a la admisión tácita de la *Drittwirkung* en Alemania, siguiendo su estela en España) así como el abandono implícito del concepto de derecho subjetivo y la correlativa paulatina e incesante pérdida de los elementos definidores de los denominados derechos públicos subjetivos. Censura en nuestra CE el excesivo número de derechos y falta de terminología adecuada y critica el concepto recogido por el TC encuadrando estos derechos como “garantías institucionales” (a partir de la dogmática alemana) que según el autor, solo añade una dosis de retórica. En el mismo sentido, califica el concepto de tutela judicial efectiva como “derecho” superfluo, sobre todo cuando está establecido un poder judicial que debe administrar justicia. Recoge en su obra el mismo sentido crítico de la doctrina más autorizada (*Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A, Díez Pícazo Giménez, L., VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal: Introducción*, 2º ed, Ed Cera Madrid, 2001, (pp. 434-435) señalando que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva no constituye lo que la técnica jurídica entiende por derecho subjetivo (de naturaleza pública frente al Estado) es decir, por un solo, determinado y único derecho subjetivo sino que sirve de rótulo general para un conjunto de derechos subjetivos elevados *ex constitutione* a un rango superior, el de derechos fundamentales”. A su juicio, ello ha dado pie a que el TC haya cedido a la tentación de crear otros tantos derechos que tampoco lo son en puridad sino “facultades propias del denominado derecho a la tutela judicial efectiva” o derecho a la jurisdicción. Véase también sobre el tema consideraciones terminológicas de Díez-Pícazo, L.M. y Yáñez Vivero, F., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, [www. iustel.com](http://www.iustel.com). Y GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis y Doctrina Jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.

⁷⁸⁷ Señalaba el TC que los principios constitucionales no son compartimentos estancos, sino que al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirve a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico. (STC (Pleno) 27/1981, de 20 de julio de 1981 (Recurso de inconstitucionalidad 38-1981), *BOE* núm. 193 de 13 de agosto de 1981).

derecho, derecho a recurrir, a la ejecutividad de las sentencias y a la invariabilidad y a la intangibilidad de los pronunciamientos judiciales.

No siempre ha resultado sencilla la interpretación de la normativa procesal nacional bajo el prisma del respeto a la tutela judicial efectiva exigida por la CE⁷⁸⁸ y tampoco el TC ha aplicado en todo caso de forma unívoca ni coherente el canon de razonabilidad o proporcionalidad exigible en la interpretación de las normas procesales, imponiendo a veces un grado máximo *pro actione* (la interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción) y otras veces acudiendo a un criterio mínimo de mera razonabilidad (excluyente de arbitrariedad) para entender preservada la citada garantía.

La cuestión se complica aún más en el ámbito del ordenamiento propio de la UE. Y así, el TC en una interpretación maximalista de esta garantía y del derecho de defensa, al plantear la cuestión prejudicial en el Asunto *Melloni* trató de sugerir al TJ la aceptación de su teoría de la vulneración indirecta de derechos, atendiendo a su estándar nacional de tutela de los mismos, tesis que fue rechazada de plano por éste que amparándose en el principio de primacía, consideró prevalente su propia interpretación del derecho de tutela judicial efectiva (en relación con el art.47 Carta).

El tema de los juicios en ausencia, en que se suscitó esta cuestión, es materia directamente relacionada con la tutela judicial efectiva y ha de ser abordada en este análisis en cuanto que su diverso tratamiento nacional ha sido un elemento de distorsión de la cooperación judicial penal y precisamente el pretexto (en relación a la anterior normativa reguladora de la euroorden en España), de la citada cuestión prejudicial.⁷⁸⁹ Si bien en España no se había cuestionado la constitucionalidad *in abstracto* de la citada Ley 3/2003, (hoy derogada) precisamente se había invocado exitosamente el art 24.2 CE en puntuales recursos de amparo alegando su violación por parte de resoluciones

⁷⁸⁸ Queda evidenciado por las numerosas ocasiones en que el TC ha estimado recursos de amparo por tal motivo y a su vez aquellas en que el TEDH ha condenado a España por vulneración de dicha garantía. (Muy completo el repertorio jurisprudencial contenido en RUIZ RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J., *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013).

⁷⁸⁹ Precisamente la ya citada DM 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (por la que se modifican las DM 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI) concretaba su finalidad de favorecer la cooperación, reforzar los derechos procesales de las personas y propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Otorgaba una habilitación a la autoridad de ejecución para hacer cumplir la resolución judicial dictada pese a la ausencia del imputado en el juicio sin menoscabo de su derecho de defensa fijando las condiciones en que no cabría denegación de reconocimiento ni ejecución en tales casos mediante condiciones alternativas. En virtud de esta DM, cada Estado miembro debía garantizar con arreglo a su derecho nacional el conocimiento del juicio por parte del imputado, quedando entendido que para ello se deberán cumplir los requisitos del CEDH y TEDH. (La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea ha implementado en nuestro ordenamiento la referida DM). *Vid* sobre el tema de la ODE: BELLIDO PENADES, R., "Cooperación judicial y ne bis in ídem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega)" en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Colex.

judiciales de entrega dictadas por la AN. El TC venía aplicando a los supuestos de euroorden su tesis de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales considerando vulnerado el derecho a un juicio con las debidas garantías ex art 24.2 CE en aquellos supuestos en que la AN no condicionaba la entrega de un particular, a su posterior revisión en el Estado en que fue condenado en rebeldía y que lo reclamaba⁷⁹⁰.

El TJ no sólo no acogió dicha doctrina sino que igualmente desestimó la cuestión de validez planteada sobre el artículo 4 bis de la DM, descartando la duda planteada sobre su compatibilidad con los derechos de la Carta, (tutela judicial efectiva y defensa), y proclamando que el derecho de defensa no era absoluto, pudiendo el acusado renunciar al mismo, expresa o tácitamente o confiriendo mandato a un letrado para que le defienda en juicio al que no comparece. Precisamente, esta última posibilidad, concurrente en el caso debatido, (prevista en letra b) del art 4 bis apdo. 1 de la DM 2009) se entendía concordante con el alcance reconocido a los derechos del art 6. 1 y 3 del CEDH y con la jurisprudencia del TEDH.⁷⁹¹ Por ello, el TJ declaró que el artículo 4 bis, apdo. 1, de la DM 2002/584 se oponía a que, en los supuestos que contempla, la autoridad judicial destinataria someta la ejecución de una orden de detención europea (emitida para el cumplimiento de una pena impuesta en rebeldía) a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro del Juez emisor. También constató su compatibilidad con las exigencias derivadas de los arts. 47 y 48.2 de la Carta. En cuanto a la petición de interpretación del art 53 de la Carta que también se le formulaba en dicha cuestión, el TJ consideró que la tesis del TC (que pretendía que dicho precepto podía amparar de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el que se deriva de la Carta, oponiéndolo en su caso a la aplicación

⁷⁹⁰ Vgr. STC (Sala 2ª) 177/2006, de 5 de junio de 2006 (Recurso de amparo 5933-2005), *BOE* núm. 161 de 7 de julio de 2006 y STC (Sala 1ª) 199/2009, de 28 de septiembre de 2009 (Recurso de amparo 4234-2007), *BOE* núm. 254 de 21 de octubre de 2009.

⁷⁹¹ Así lo contempla igualmente la actual Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (27 de noviembre de 2013) 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 (nota 644), que señala que el derecho a estar presente en el propio juicio, o a renunciar a ese derecho tras haber sido informado del mismo, es indispensable para el ejercicio de los derechos de defensa. En el artículo 9 de la misma establece una vía de recurso, consistente en la obligación de repetir el juicio (conforme a lo ya establecido por el TEDH), en aquellos casos en los que no se haya respetado el derecho a estar presente en el propio juicio (nuevo juicio que permita una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en la revocación de la resolución original). El artículo 8.2 señala que los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto decida sobre la culpabilidad en ausencia del sospechoso o acusado en determinadas condiciones que incluyen la representación por letrado. (señala que “ a) a su debido tiempo: i) bien haya sido citado en persona y, por lo tanto, informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio, bien haya recibido efectivamente, por otros medios, 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; y ii) haya sido informado de que podía dictarse una resolución si no comparecía ante el tribunal; o b) teniendo conocimiento del juicio previsto, hubiera otorgado mandato a un letrado designado por él mismo o por el Estado, para que le representara en juicio, y haya sido, efectivamente, defendido por dicho letrado en el juicio”).

de las disposiciones del Derecho de la Unión), menoscabaría el principio de primacía del ordenamiento de la UE, cuestionando la uniformidad del nivel de protección de derechos fundamentales definidos por la DM y contraviniendo los principios de confianza y reconocimiento mutuo.

El artículo 53 de la Carta debía ser entendido en el contexto de la coexistencia de las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales en que la Carta no podía suponer una reducción del nivel de protección de esos derechos en los distintos ordenamientos jurídicos cuando se encontrase en el ámbito de aplicación del derecho nacional. La Carta imponía un nivel de protección de los derechos fundamentales dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión sin tener la virtualidad de obligar a los Estados miembros a rebajar el grado de protección de los derechos fundamentales de su Constitución nacional en los supuestos situados fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

Ha entendido mayoritariamente la doctrina interpretando este pronunciamiento que en la Sentencia *Melloni*, el TJ considera los DFUE como “parámetro de legalidad europea” (no sólo del derecho derivado o actividad institucional europea sino también de la actividad nacional de aplicación del derecho de la UE, en este caso de una resolución judicial resolviendo sobre la ejecución de una euroorden). Los derechos de la Carta se erigen en parámetro de enjuiciamiento directo de dichas actividades. Se rechazaba así la tesis del auto planteando la cuestión, en que el TC español concebía los DFUE como parámetro indirecto de constitucionalidad, excluyendo su rol de europeidad.⁷⁹²

Los derechos fundamentales según su interpretación constitucional interna definirán estándares nacionales de ejecución con cabida en supuestos no sólo estrictamente de ámbito interno sino también en aquellos en que el margen de actuación

⁷⁹²Concluyen UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y RIPOL CARULLA. S., que para el TC los derechos de la Carta serían un parámetro directo de la europeidad solo de la actividad institucional europea pero parámetro indirecto de la constitucionalidad cuando se tratase del control de la actividad nacional de aplicación de aquel derecho. Contrariamente a ello señala el TJ que el parámetro definitivo para medir la corrección de la actividad judicial interna de aplicación del Derecho de la UE es simplemente el formado por los DFUE *en cuanto derecho de la Unión no como canon indirecto de constitucionalidad (es derecho europeo directamente aplicable en el orden interno)*. Añaden que “el parámetro iusfundamental “que juega en forma resolutive es el de los DFUE. El asunto *Melloni* no genera un problema de identidad ni de soberanía iusfundamental del Estado miembro. “Solo demuestra que se ha perdido el carácter absoluto de esta soberanía, puesto que lo contrario, seguir aferrándose a ella, implica poner en tela de juicio la primacía, unidad y uniformidad del Derecho de la Unión y del nivel de protección de la Carta y a la postre del proceso de integración europea (...) hace tiempo que las constituciones de los Estados miembros son, por descontado, constituciones de integración, abiertas a la Unión”. (UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y RIPOL CARULLA. S “La Euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 46, 2013, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. (pp 151-198).

del Estado miembro en la aplicación del derecho de la UE no esté totalmente determinado, bien que en este caso, siempre de forma acorde y respetuosa con los DFUE interpretados por el TJ y sin condicionar la eficacia, primacía y uniformidad del derecho de la UE.

En el caso litigioso, por imperativo de la aplicación del derecho de la UE y el principio de primacía⁷⁹³ (y *por mor* de la interpretación del art. 47 acogida por el TJ), quedaba desplazada la interpretación del TC respecto del art 24 CE y su estándar nacional de tutela, más garantista en ese peculiar supuesto relativo a la ejecución de una ODE. El TJ considera que el sistema de derechos fundamentales de la UE es el que ha de actuar como parámetro de enjuiciamiento iusfundamental⁷⁹⁴ no ya de la DM, sino también de una actuación judicial nacional que aplique la normativa que la desarrolla. El Derecho de la UE (incluida la Carta) no podía quedar condicionado en ese caso por los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales a riesgo de lesionar en caso contrario los principios de confianza y reconocimiento mutuo, comprometiendo la propia eficacia del instrumento de cooperación judicial y los intereses específicos de la UE.

No puede dejar de notarse que la argumentación maximalista esgrimida por el TC trataba en cierto modo “simplista” de hacer prevalecer su estándar más amplio o elevado de tutela de garantías procesales identificándolo en ese caso con una más completa defensa de derechos humanos, lo cual no es siempre predicable en términos absolutos. Piénsese en otros efectos distorsionadores que podrían derivar de dicha tesis, creando eventuales ámbitos de impunidad nacional y una correlativa limitación de los derechos de las víctimas así como el intolerable efecto de desigualdad de trato entre imputados según los estándares diferentes asumidos por los distintos Estados de ejecución, conforme a los cuales hubiere de ejecutarse la misma ODE derivada de idéntico proceso nacional.⁷⁹⁵

⁷⁹³ Sobre el principio de primacía en relación a este tema: ALONSO GARCÍA, R., “Constitución española y Constitución europea : Guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 73, (pp. 339-364); NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 6, 2003, (pp. 279-289); RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *Primacía y subsidiariedad en la UE*, CEPC, Madrid, 2011; ROMANO, A., “El nivel constitucional y legal de las fuentes del derecho en los Estados de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 17, 2012, (pp. 347-384).

⁷⁹⁴ Siguiendo la anterior terminología.

⁷⁹⁵ Para otras visiones igualmente críticas de la postura del TC, *vid* TORRES MURO, I., “La condena en ausencia: Unas preguntas osadas (ATC 86/2011 de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, año 33, enero/abril 2013 (pp.343-367). El autor, remitiéndose a TENORIO SÁNCHEZ, ARROYO JIMÉNEZ, ARIAS RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ SOL, REVENGA SÁNCHEZ) critica la pretensión del TC que “ha elevado la doctrina patria a modelo susceptible de ser impuesto como universal” (p.348). Acertadamente señala el autor que la proscripción de las condenas en ausencia en casi todos los casos no

Recibida la respuesta del TJ a la cuestión planteada, el TC, como no podía ser de otra manera (en su STC 26/2014)⁷⁹⁶ acató dicha interpretación "europeísta" resolviendo el recurso de amparo de conformidad a la normativa europea según la mencionada exégesis, a sabiendas de que ello implicaba apartarse de su previa doctrina constitucional, bien que sin acoger con pleno convencimiento los argumentos que mayoritariamente ha venido desgranando la doctrina al respecto, evidenciando con ello una cierta reticencia a asumir su rol de Juez europeo.⁷⁹⁷

El TC asumiendo que no existía ya en este supuesto margen de discrecionalidad para las autoridades nacionales, y manteniendo la terminología de su inicial análisis, apoya su argumentación jurídica en su alegación de que la constatación de la vulneración "indirecta" por un órgano jurisdiccional español del derecho a un proceso con todas las garantías, (al dar efectividad a través de la ejecución de una ODE a una "condena en ausencia" impuesta por un Tribunal de otro Estado miembro de la UE) requiere que el contenido "absoluto" de la mencionada garantía fundamental (que es el que despliega eficacia *ad extra* para constatar si se ha producido una vulneración "indirecta") sea integrado por el que emana de los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, en particular el CEDH y la Carta y concluye que según la

es contenido indiscutible del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) siendo posible (y a veces, imprescindible) configurar un juicio *in absentia* con todas las garantías descartando un canon supranacional que imponga en todo caso la presencia del reo en el procedimiento. Añade, citando entre otros a CEDEÑO y al Magistrado PÉREZ TREMPs en su voto particular), que el TC forzó la propia interpretación del TEDH en que parecía apoyarse, ya que cualquier condena en ausencia no es *per se* contraria al art. 6 CEDH.

⁷⁹⁶ STC (Pleno) 26/2014, de 13 de febrero de 2014 (Recurso de amparo 6922-2008), BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2014.

⁷⁹⁷ Señalaba HUELÍN que el TJ, mediante el juego coordinado de los mencionados principios y del art. 53 de la Carta, dispone un mínimo común denominador para el estándar de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE en ámbitos armonizados. No se trata de hacer prevalecer, en toda circunstancia, el máximo nivel, que provocaría un *forum shopping* constitucional, sino de fijar el umbral que responde al "consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto", la uniformidad en la tutela de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE, así como los principios de primacía, unidad y efectividad de este último, acotan el nivel de protección de aquéllos en el seno de la Unión. A su juicio, es el precio que hay que pagar para el éxito del empeño de construir un sistema jurídico compartido en el Viejo Continente. Dicha opinión está matizada por otro sector doctrinal, como señala dicho autor, citando a ALONSO GARCÍA, (en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 24 de febrero de 2014), que sostuvo, en una visión integrada de las sentencias *Melloni* y *Åkerberg* que los límites al desplazamiento de los estándares de la Carta por los superiores de los ordenamientos nacionales operan de manera distinta según que exista margen de maniobra de los Estados miembros para la aplicación del Derecho de la Unión (*Åkerberg*) o que deban actuar en términos reglados (*Melloni*). En el primer caso cabría un desplazamiento de la Carta –por los eventuales niveles de protección nacionales, siempre sin afectar a la unidad y a la coherencia del sistema. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "La sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014, (Melloni)" http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sentencia_melloni_11_724930004.html (publicado en *Revista de la Jurisprudencia* 1, de 1 de julio de 2014). (última consulta, 1 de septiembre de 2014).

jurisprudencia del TEDH (relativa al art. 6 de aquel Convenio) y la del TJ (sobre el art. 48.2 de la Carta), ese contenido absoluto no ampara supuestos como el de autos.⁷⁹⁸

Resulta censurable sin embargo, que el TC se haya amparado en este caso en el cumplimiento estricto de las exigencias hermenéuticas del art 10.2 CE, obviando el nuevo sistema de fuentes propio del ordenamiento jurídico de la UE impuesto por el art 93 CE y sobre todo el principio de primacía y la aplicación directa de la Carta como parámetro vinculante y directamente aplicable por las autoridades nacionales judiciales.⁷⁹⁹ No puede sino ponerse de manifiesto que la jurisprudencia del TJ en materia tutelar de derechos fundamentales (y su propio concepto del derecho a la tutela judicial efectiva) no obedece a una decisión caprichosa, sino deudora de un consenso fruto de un sustrato común compartido por todos los Estados miembros, que, además, está en la base de regulaciones armonizadoras (como la que atañe, en este caso tan ejemplificador, a la ODE). Dicha normativa basada en la recíproca confianza y en el mutuo reconocimiento ha de completarse para su plena efectividad, con la convicción de que los procesos judiciales seguidos en el ámbito de la UE satisfacen necesariamente las garantías que incorporan las legislaciones nacionales (en este caso, también el art. 24 de nuestra Constitución).

Por todo lo expuesto, no puede ignorarse el progresivo diseño de un nuevo escenario de tutela judicial de derechos fundamentales tras Lisboa, acogiendo una dimensión europea jurídicamente vinculante y plenamente compatible con los ordenamientos internos de los Estados miembros. El Tribunal de Luxemburgo en esta tan significativa Sentencia *Melloni* ha dado un paso decidido hacia una interpretación uniforme y reforzada de la primacía de ese estándar europeo en su propio ámbito

⁷⁹⁸ En los que, habiendo mediado una condena en ausencia, (i) el interesado renunció de manera inequívoca a su derecho a comparecer, (ii) habiendo sido informado de la fecha y del lugar del juicio no lo hizo o, (iii) pese a no estar presente, fue efectivamente defendido por un letrado al que confirió mandato (FJ 4º).

⁷⁹⁹ Vid. el acertado análisis en el artículo de HUELÍN y comentarios a los votos particulares de la sentencia. Y así, la Magistrada ASÚA BATARRITA critica que la decisión mayoritaria encauce su respuesta a través del art. 10.2 CE, señalando que la respuesta del Tribunal de Justicia podría servir, (ex art. 10.2 CE), para integrar el canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías para los supuestos no relacionados con el derecho de la Unión, pero en casos como el enjuiciado, perteneciente a un ámbito plenamente armonizado, no puede ser un mero criterio hermenéutico, sino el canon a aplicar en virtud del art. 93 CE en razón de nuestra pertenencia a la Unión. También señalaba en su voto, la Magistrada ROCA TRÍAS que la decisión del TC debió encauzarse directamente mediante el artículo 93 CE. Señala agudamente HUELÍN que la equiparación en la decisión mayoritaria entre los niveles de protección del Convenio de Roma y de la Carta desconoce la naturaleza del Derecho de la Unión, evidenciando que “el Tribunal Constitucional no asume su papel de Juez europeo” Es igualmente negativo, (como significaba el voto particular del Magistrado OLLERO TASSARA) que el TC con esta resolución rebaje el estándar de protección también en lo que afecta a terceros países, respecto de los que el canon constitucional pudiera ser otro diferente.

competencial, apostando por la articulación de la Carta, el CEDH y las constituciones nacionales en la progresiva construcción de un sistema armónico e integrado.⁸⁰⁰

E2. EL RENOVADO PROTAGONISMO JUDICIAL: LOS GUARDIANES EUROPEOS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL

a) INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL: De nuevo un voto de confianza “mutua”

En directa conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva y por una razón lógica atendiendo al evidente protagonismo judicial en la preservación de dicha garantía, en el artículo 47, segundo párrafo de la Carta, tras la proclamación de aquella garantía se concreta el derecho a una causa que sea “oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un Juez independiente e imparcial, establecido previamente por la Ley”. Ese Juez que ha de velar por un proceso público sin dilaciones indebidas⁸⁰¹ y con todas las garantías propias del proceso debido, ha de cumplir desde el punto de

⁸⁰⁰Interesantes reflexiones sobre este tema desde una perspectiva constitucional en: DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº54, año 18, 1998, (pp.255-272); MASCLET, J.C y MAUS, D. (dirs.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Documentation française, Paris, 1993; MARTÍNEZ SIERRA, J.M., *La recepción constitucional del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; PÉREZ TREMPES, P. *Constitución Española y Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1994; RUBIO LLORENTE, F. y otros, *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006; SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999; TAJADURA, J. y DE MIGUEL, J. (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, CEPC, Madrid, 2008.

⁸⁰¹ Dada la dimensión y enfoque de este estudio resulta imposible detenernos en el análisis del principio de publicidad del proceso ni el derecho al proceso sin dilaciones indebidas (presupuestos ambos de una tutela efectiva y objeto de numerosa jurisprudencia del TC y TEDH). Baste mencionar, por todas, la STC (Sala 1ª) 176/1988, 4 de octubre de 1988, (Recurso de amparo 514-1987), *BOE* núm. 266 de 5 de noviembre de 1988 y STEDH dictada en as.*PRETTO* y otros, (citada en nota 777) y STEDH recaída en as. *SUTTER v. Suiza*, nº 8209/78, 22de febrero de 1984, Series A74. Y entre otras, la STC (Sala 1ª) 10/1997, de 14 de enero de 1997 (Recurso de amparo 2.571-1995), *BOE* núm. 39 de 14 de febrero de 1997, (sobre dilaciones indebidas) con expresa remisión a la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH dictadas en as. *WEMHOFF v. Alemania*, nº 2122/64, 27 de junio de 1968, Series A7; *NEUMEISTER v. Austria*, nº 1936/63, 27 de junio de 1968, Series A8 y sobre todo, a partir de STEDH dictada en as. *FOTI y otros v. Italia*, nº 7604/76, 7719/76, 7781/77 y 7913/77, 10 de diciembre de 1982, Series A56). Y ello, sin perjuicio de haberse ya hecho referencia a las repercusiones que sobre ambos tiene el nuevo escenario europeo (con nuevas normas sometidas a tales principios de publicidad- en relación con los derechos de defensa y también en materia de celeridad, activando la cooperación judicial e imponiendo plazos preclusivos). Todo ello sin olvidar el previsiblemente también novedoso escenario nacional (cuando entren en vigor las reformas en materia de secreto de las actuaciones y los plazos a que habrá de sujetarse necesariamente la instrucción, habiéndose ya reformado parcialmente el art. 302 LECRIM con ocasión de la LO 5/2015 de 27 de abril). *Vid* consideraciones interesantes al respecto en artículo de IGLESIAS RÍO, M.A., (*op.cit.*, nota 91, pp. 9-38).

vista de su designación y posterior desempeño de su labor instructora y jurisdiccional con los tres requisitos proclamados en la Carta: preestablecimiento legal (que excluya cualquier facultad de designación discrecional o existencia de jueces *a quo*), independencia e imparcialidad. Tales garantías proclamadas de forma similar en la mayoría de las constituciones nacionales y sobre todo en el CEDH, serán igualmente exigibles en todos los órdenes jurisdiccionales y tanto en relación al TJ y sus órganos como a los jueces nacionales en desarrollo de su función como Jueces europeos. Existe así una doble exigencia para el legislador tanto europeo como nacional, que ha de arbitrar los procedimientos de asignación de casos, designación y nombramientos que garanticen su legal establecimiento e independencia y asimismo durante el proceso, la posibilidad de recusar eficazmente a aquellos Jueces que pudieran adolecer de falta de imparcialidad.

Dado que ésta es una garantía absolutamente básica del Estado de Derecho y concurrente en las legislaciones internas de todos los Estados miembros, no parece previsible ni necesaria su armonización mediante instrumentos legislativos europeos, lo que no significa obviamente, que su salvaguarda también en los procesos de corte europeo no haya de ser encomendada con extremo rigor a la propia autoridad judicial que habrá de abstenerse si considera que concurre causa para ello.

En España, el art 24.2 CE únicamente explicita el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, concepto que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional precisando su significado y alcance, señalando que “la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces *ad hoc*.”⁸⁰² Por otro lado, (...) “la interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117. 3, CE, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado, radica en la ley”.⁸⁰³

Pese a no estar citado de forma expresa, el derecho a un Juez imparcial se incluye en el derecho fundamental a un juicio público con todas las garantías del art

⁸⁰² STC (Pleno) 93/1988, de 24 de mayo de 1988 (Cuestión de inconstitucionalidad 213-1985), *BOE* núm. 143 de 15 de junio de 1988, recogiendo doctrina anterior, (STC (Sala 2ª) 101/1984, de 8 de noviembre de 1984 (Recurso de amparo 769-1983), *BOE* núm. 285 de 28 de noviembre de 1984).

⁸⁰³ STC 47/1983, de 31 de mayo de 1983. (Recurso de amparo 148-1981), *BOE* núm. 144 de 17 de junio de 1983.

24.2CE. Ello es lógico, atendiendo a la garantía específicamente reconocida en artículo 6.1 CEDH y su exégesis por el TEDH, básicamente seguida por el TC (ex art 10.2 CE), constatando dicho Tribunal que la imparcialidad se presume y las sospechas sobre ella han de ser probadas y fundadas en causas tasadas⁸⁰⁴. La imparcialidad judicial asegura que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio.

En cuanto a las eventuales dudas que puedan surgir sobre la imparcialidad, no bastará una duda subjetiva o mera sospecha sobre la parcialidad de la autoridad judicial (sea instructor u órgano enjuiciador). Ha de determinarse caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan “objetiva y legítimamente justificadas”⁸⁰⁵. El TEDH viene diferenciando en su doctrina entre la imparcialidad objetiva y subjetiva del Juez. Y así, la perspectiva objetiva se centra en examinar si las circunstancias del Juez en cuestión ofrecen garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad⁸⁰⁶ mientras que desde la perspectiva subjetiva se intenta analizar la convicción personal del Juez, (su fuero interno) a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos, incluso no exteriorizados. Sin embargo, las sospechas sobre su idoneidad han de ser en todo caso probadas.

El TEDH ha adicionado una actividad, estrictamente procesal, que quiebra la imparcialidad, excluyendo del proceso debido (por vulnerar esta garantía) aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad. Resulta muy compleja la delimitación de qué concretas actuaciones procesales supondrán en cada caso “contaminación” o no a tal efecto.⁸⁰⁷

⁸⁰⁴STC (Sala 1ª) 52/2001, de 26 de febrero de 2001 (Recurso de amparo 3725-1997), *BOE* núm. 77 de 30 de marzo de 2001. Reza la STC 5/2004 “el art. 24.2 CE acorde con lo dispuesto en el art. 6 del CEDH reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional”. (STC (Sala 2ª) 5/2004, de 16 de enero de 2004 (Recurso de amparo 2330-2003), *BOE* núm. 37 de 12 de febrero de 2004).

⁸⁰⁵ SSTEDH dictadas en: *PIERSACK v. Bélgica* nº 8692/79, 26 de octubre de 1984, Series A nº 85; *DE CUBBER v. Bélgica*, nº 9186/80, 26 de octubre de 1984, Series A nº 86; *PESCADOR VALERO v. España*, nº 62435/00, 17 de junio de 2003, Reports 2003-VII. Y en el mismo sentido, SSTC por todas: STC (Sala 2ª) 162/1999, de 27 de septiembre de 1999 (Recurso de amparo 3.031-95), *BOE* núm. 263 de 03 de noviembre de 1999 y STC (Pleno). 69/2001, de 17 de marzo de 2001 (Recurso de amparo 3862-1998), *BOE* núm. 83 de 06 de abril de 2001.

⁸⁰⁶ STEDH dictada en as. *Hauschildt*, (citada en nota 777).

⁸⁰⁷ Especialmente dificultoso resulta dilucidar qué suerte de conocimiento previo de un asunto o intensidad del contacto con el *thema decidendi* puede implicar falta de imparcialidad para su posterior resolución, como lo evidencia la abundante jurisprudencia de nuestro TC relativa a la causa de recusación en el juicio, por haber actuado previamente como instructor. Considera que no todo acto de instrucción compromete la

El TC ha declarado que no vulnera el derecho al Juez imparcial el que un mismo tribunal conozca de sucesivos recursos devolutivos planteados por las partes⁸⁰⁸ así como que los jueces integrantes del órgano llamado a enjuiciar los hechos lo sean también del Tribunal que había acordado la medida cautelar,⁸⁰⁹ no acogiendo un concepto tan lato de “imparcialidad” que exija una total ausencia de contacto previo de la autoridad judicial con el asunto en cuestión. Por su parte dicho Tribunal ha manejado de forma diversa de la utilizada por el TEDH, la terminología referida a la imparcialidad objetiva o subjetiva, amparando bajo el común denominador de afectar a la “imparcialidad subjetiva” aquellas sospechas que expresan indebidas relaciones del Juez con las partes⁸¹⁰, mientras que las que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso afectan a la imparcialidad objetiva”.⁸¹¹

La concreta alegación y prueba de la existencia de una causa que afecta a la imparcialidad judicial es compleja en todo caso, pero precisamente en aquellos asuntos relacionados con la cooperación judicial transnacional, el traslado de procedimientos penales entre Estados o incluso eventuales conflictos de jurisdicción, dicha actividad se revela exponencialmente mucho más difícil para las partes (a menudo residentes en otro Estado y desconocedoras de la legislación orgánica o procesal del otro Estado). En ocasiones, se convertirá en tarea casi imposible averiguar las condiciones legales y fácticas subyacentes en cada proceso que puedan afectar a la independencia o imparcialidad del Juez. Por ello, los propios Jueces en la práctica han de ser exquisitos en la preservación de esta garantía, (en directa relación con el respeto escrupuloso al principio de publicidad del proceso y derechos de información y defensa), precisamente por ser ésta la que legitima toda su actuación tutelar. En la mayoría de los casos, las partes en este tema, habrán de presuponer (como una suerte de presunción *iuris tantum*) la legalidad, independencia e imparcialidad del Juez asignado, como parte integrante del principio de confianza mutua que ha de presidir la progresiva construcción del Espacio Judicial Europeo pese a lo cual, han de contar (en coherencia con su

imparcialidad sino los que puedan producir en el ánimo del juzgador determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer del juicio oral (STC 145/1988 de 12 julio ya citada) actos que provoquen una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible y puedan crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad (STC (Sala 1ª) 320/1993, de 8 de noviembre de 1993 (Recurso de amparo 1.628-1990), BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 1993). Sobre el tema, es significativa la STEDH citada *ut supra*, (as. *De Cubber*).

⁸⁰⁸ STC (Sala 2ª) 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (Recurso de amparo 1044-2000 y 1089-2000 (acumulados), BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2002.

⁸⁰⁹ STC (Sala 2ª) 143/2006, de 8 de mayo de 2006 (Recurso de amparo 5697-2003), BOE núm. 136 de 08 de junio de 2006.

⁸¹⁰ STC 162/1999 de 27 septiembre señala: “ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados”. No ser “Juez y parte” ni “Juez de la propia causa” (sentencia citada en nota 806).

⁸¹¹ SSTC 145/1988 (ya citada en nota 780).

derecho a la tutela judicial efectiva), con vías efectivas de recurso para hacer valer legalmente sus dudas o sospechas y obtener en su caso, un cambio en la persona del Juez de Instrucción o Juzgador asignado si fuera procedente y exigible.

Diferencias terminológicas aparte, parece previsible entender que se acabará imponiendo en este ámbito europeo penal un estándar similar al fijado por la vasta jurisprudencia del TEDH en la materia, a menudo más garantista que la nacional.⁸¹² Si bien el TJ tiene plena autoridad como intérprete supremo de la Carta en su ámbito de actuación, (y por ende del art. 47 y su efectivo alcance) no parece que esta materia por su naturaleza haya de exigir la imposición de especificidades propias de su concreto ámbito.

Lo que por el contrario si habrá de ser exigido como un plus adicional al Juez que actúa en el seno de la UE para garantizar un idóneo desempeño de sus funciones “europeas”, es una formación integral en materia de derecho europeo que le permita hacer frente con el debido rigor a la dificultad añadida del desarrollo continuado de las nuevas fuentes de derecho que ha de dominar y en cuanto a los distintos parámetros de tutela existentes en materia de derechos procesales penales que ha de manejar, tarea de creciente complejidad.⁸¹³

b) JUEZ NACIONAL, JUEZ EUROPEO: *Nuevos retos de tutela judicial o como seguir el paso con tres parejas de baile*

Ha de insistirse en que el Juez nacional asume un papel decididamente clave como garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico de la UE también en su novedosa y recientemente desarrollada dimensión tuitiva de los derechos

⁸¹² En el caso de España, pese a la frecuente remisión del TC a la doctrina de aquel, el Estado ha sido condenado en varias ocasiones por el TEDH por vulneración de la garantía del Juez imparcial.

⁸¹³ Plenamente consciente de ello el propio Reglamento (UE)1382/2013 del PE y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establece el programa “Justicia” para el período de 2014 a 2020 (considerando que la financiación constituía una de las herramientas fundamentales para el éxito de la ejecución de las prioridades políticas del Programa de Estocolmo) fija entre sus Objetivos específicos (art. 4. b) “apoyar y promover la formación judicial, incluida la formación lingüística sobre terminología jurídica, con miras a fomentar una cultura jurídica y judicial común” en aras a alcanzar ese objetivo general de seguir desarrollando un Espacio Europeo de Justicia, basado en el reconocimiento y la confianza mutuos, en particular mediante el fomento de la cooperación judicial en materia civil y penal. (Reglamento (UE)n ° 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa “Justicia” para el período de 2014 a 2020 Texto pertinente a efectos del EEE (DO L 354 de 28 de diciembre de 2013, pp. 73-83).

fundamentales del proceso penal (algunos tan recientemente regulados que no han sido siquiera implementados en los ordenamientos nacionales). Si en principio, la armonía e identidad “sustancial” que se había venido observando en cuanto al reconocimiento constitucional nacional y europeo (tanto desde la perspectiva del CEDH como de la CDFUE) de dichas garantías penales, permitían augurar un escenario de escasas novedades o problemas interpretativos, sin embargo⁸¹⁴ la preceptiva interacción (en sentido horizontal y vertical) de esos distintos niveles de tutela judicial, en permanente evolución, no siempre coherente entre sí ni de obvia delimitación (consagrando muy distintos estándares de protección de derechos) enfrentan a los jueces nacionales a nuevos e incesantes desafíos.

Se exige a tales autoridades judiciales redoblar sus esfuerzos desde un punto de vista académico y profesional. De un lado, al incrementarse de forma sensible el acervo normativo que están obligados a manejar y su complejidad (en cuanto a la necesidad de establecer la relación jerárquica o competencial entre las distintas fuentes) resulta preceptivo un actualizado y profundo conocimiento de la evolución de tales instrumentos del derecho europeo y su progresiva interpretación, ofrecida respectivamente por el TJ y TEDH (en continua evolución e interacción), permitiéndoles discernir la dimensión europea (evidente o a veces meramente latente) en los concretos asuntos que han de resolver, a los efectos de poder trascender en ese caso y con el debido rigor técnico, de su ordenamiento estrictamente nacional y cumplir con las exigencias del actual marco jurídico supranacional.

Se concluye pues, que el actual panorama judicial puede considerarse “europeizado” incluso más allá de aquellos procesos estrictamente transfronterizos o que cuentan con algún elemento transnacional, si se atiende, de un lado, a los compromisos internacionales de sumisión a la jurisdicción del TEDH que actúa como último y estricto garante en materia de subsidiaria supervisión de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva en cada Estado partícipe. Su jurisprudencia habrá de ser tomada siempre en cuenta como parámetro obligatorio en el amparo de tales derechos. Su vigilancia no será meramente testimonial, existiendo innumerables pronunciamientos declarando precisamente la vulneración de la garantía que ahora nos ocupa en relación con las garantías del proceso debido.

Igualmente, en virtud de la pertenencia a la UE y el principio de primacía que rige respecto de su peculiar ordenamiento jurídico, en el ámbito relativo al mismo,

⁸¹⁴ Como se ha puesto de manifiesto vgr en el citado as. *Melloni*.

(incluyendo la Carta con valor de derecho originario y un creciente acervo de derecho derivado en materia reguladora de derechos fundamentales procesales penales), el Juez nacional actuará como Juez europeo sometido al imperio de dicho ordenamiento con plena sujeción al mismo y a la uniforme interpretación del TJ. Cuando los Jueces y Tribunales nacionales operen en el ámbito de actuación del ordenamiento jurídico de la UE (también como órganos del sistema judicial de la UE) habrán de atender a la Carta como parámetro directo de protección de los derechos fundamentales. No por ello, en los restantes ámbitos dejarán de estar sujeto a su ordenamiento nacional y muy especialmente sometidos a los dictados de sus Tribunales constitucionales en su superior interpretación de los preceptos constitucionales que incluyen igualmente su régimen propio de garantías.⁸¹⁵

Y si no es fácil lidiar (como venía haciéndose con mejor o peor fortuna hasta la vigencia del Tratado de Lisboa) con el distinto ritmo que impone la compatibilidad entre la CE y el CEDH y las respectivas lecturas del TC y TEDH sobre el alcance de aquellos derechos fundamentales, el “baile” se complica absolutamente al entrar en escena una Carta Europea renovada y de plena eficacia vinculante sometida a la superior exégesis del TJ como garante de su uniforme aplicación en el seno de la UE, cuyo preceptivo ámbito de aplicación resulta cuanto menos complicado, incluso a efectos de delimitación.⁸¹⁶

Las facultades judiciales en su función guardiana del derecho a la tutela judicial efectiva en esta nueva dimensión europea han sido reforzadas en el nuevo escenario resultante de Lisboa. Y no sólo en cuanto al nuevo rol asumido por el TJ sino también en cuanto a los propios Jueces nacionales, (también y muy especialmente los Jueces

⁸¹⁵ Como se ha señalado anteriormente, considera un sector doctrinal, (ALONSO GARCÍA) que también en aquellos casos en que el ordenamiento de la UE conceda al Estado un cierto margen de apreciación en el momento de aplicar sus normas “europeas”, el Juez nacional podrá tomar en consideración los estándares nacionales de protección pero con un doble límite: sin condicionar la primacía unidad o uniformidad del derecho de la UE y sin contravenir el nivel de protección de la Carta según es entendido por TJ.

⁸¹⁶ Muy interesantes sobre este tema: Díez Peralta, E., Roldán Barbero, F.J., “Tribunal Constitucional español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 10, nº 23, 2006, (pp. 87-133); Pedrazza Górrero, M., “A la búsqueda de la “forma condicionante”. Introducción a las relaciones entre Tribunales constitucionales nacionales y Tribunales europeos después del Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Político*, nº 81, 2011, (pp. 289-322); Pérez Tremps, P., “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 29, Civitas, 2009, (pp. 19-48.); Ugarte Mendía Eceizabarrena, J.I., “¿Quién es el Juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del derecho comunitario? (reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007, (pp. 401-433); Von Bogdandy, A., Saiz Arnaiz, A., Ugarte Mendía Eceizabarrena, J.I., Morales Antoniazzi, M. (eds.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, IVAP-UPV, Oñate-Bilbao, 2012.

de Instrucción).⁸¹⁷ El art 19 TUE profundiza aún más si cabe sobre el papel de los Tribunales de los Estados miembros, obligando expresa y tajantemente a estos últimos a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, convirtiendo a los Jueces nacionales en una suerte de primera instancia en este ámbito, recurso inmediato de la ciudadanía europea en amparo de sus derechos y libertades. Su dicción es clara y terminante y siendo norma de derecho originario atinente a una garantía ciudadana fundamental, recogida en la propia Carta (art. 47), será norma directamente operativa con efecto directo, en virtud de la cual, los Tribunales nacionales estarán obligados a dar curso a cualquier pretensión fundada en el Derecho de la Unión, hayan o no los legisladores internos disciplinado las vía procesales pertinentes. Y lo han de hacer, exista o no normativa interna de trasposición, lo que supone que este precepto, incluso (y sobre todo) en supuestos de inactividad del legislador nacional, ofrece un arma muy valiosa a disposición de los órganos judiciales para la defensa jurisdiccional de los derechos procesales penales de sospechosos y acusados dimanantes de las Directivas armonizadoras de éstos y aun mayoritariamente pendientes de implementación. Ya se ha señalado cómo precisamente en dicha regulación el legislador europeo ponía buen cuidado en exigir la recurribilidad de toda decisión judicial atinente a dichas garantías reguladas a nivel europeo.

Precisamente en el ámbito de la instrucción penal nacional, parece razonable en defecto de desarrollo específico que, en el ínterin, las decisiones del Juez de Instrucción puedan ser recurridas en nuestro ordenamiento por las vías ordinarias (recursos de reforma y subsidiario de apelación), este último en todo caso ya que el principio *pro actione* interpretado en sentido lato habría de exigir al menos una posibilidad de impugnación ante un órgano distinto del que dictó resolución (en conexión con la preservación de la garantía de imparcialidad). En el supuesto eventual de que se tratase de una decisión judicial contenida en una resolución irrecurrible a nivel interno (vgr. auto de apertura de juicio oral), debería ser admitido excepcionalmente un recurso siempre que la norma que se considerase vulnerada perteneciera al Derecho de la Unión y dentro de su estricto ámbito de actuación.

No bastaría invocar de forma genérica (y quizá fraudulenta) una garantía procesal, aduciendo el correspondiente precepto de la Carta (en vez de su homónimo de la CE) para conseguir una suerte de recurso adicional o excepcional en esta materia,

⁸¹⁷ Como bien señala HUELÍN (*op.cit.*, nota 774), las competencias de la Unión, exclusivas o compartidas en los términos de los arts. 3 y 4 del TFUE se encuentran unidas por otra transversal, la que atañe a la tutela de las libertades públicas y de los derechos fundamentales enunciados en la Carta.

sino que habría de ser justificada con un mínimo rigor la dimensión europea de ese derecho fundamental cuya tutela se impetra.⁸¹⁸ Adicionalmente, la cuestión litigiosa habría de estar dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento de la UE en virtud de lo establecido en el artículo 51 de la Carta. En caso de duda, la propia permeabilidad de la misma, desde un punto de vista hermenéutico podría influir al órgano judicial hacia una tendencia *pro actione* en este ámbito.

Por lo expuesto, la competencia objetiva de los Tribunales nacionales en la preservación de la tutela judicial efectiva exigida por el artículo 47 Carta (en relación con art 19 TUE y derecho derivado surgido tras Lisboa), no ha de depender de la regulación nacional de un cauce procedimental específico ni de la efectiva incorporación de las garantías procesales que se alegan vulneradas al derecho interno, bastando el propio efecto directo del derecho de la UE como presupuesto del derecho a tutela.

Y uno de los retos más difíciles a que se habrá de enfrentar el Juez de instrucción será precisamente dilucidar en qué procesos penales será plenamente aplicable este complejo ordenamiento de la UE, no siendo preceptivo que exista un elemento transnacional evidente, bastando la aplicabilidad de una norma de la UE en esta materia propia de las garantías procesales penales, incluso antes de su implementación nacional. Ante este nuevo panorama, el Juez nacional no puede considerar baladí ni secundaria su labor de salvaguarda del derecho a la tutela judicial desde esa dimensión europea, por mucho que hasta fechas muy recientes se considerase una materia prácticamente reservada al propio ordenamiento constitucional.⁸¹⁹

⁸¹⁸ Vgr., concretando el precepto de una Directiva no transpuesta que ordenase la recurribilidad de la resolución judicial atinente a la misma y de cuya validez se duda por entender vulnerado el derecho fundamental en cuestión.

⁸¹⁹ Señala HUELÍN (*op.cit.*, nota 774) que los preceptos que plasman los derechos de la Carta no solo tienen el carácter y la fuerza vinculante propios de una previsión normativa de derecho originario (capacidad de *penetración*), sino que también, en cuanto principios, han de inspirar toda la actuación de la Unión (capacidad de *difusión*). El proceso de integración en el que está empeñada la UE no actúa ya solo mediante la armonización y la aproximación normativa en determinados sectores materiales, (asumiendo competencias en virtud de la cesión de soberanía por los Estados miembros), sino que por determinación positiva del "constituyente" opera también en la superestructura del sistema. Siendo una de esas garantías precisamente la que atañe a la tutela judicial y existiendo cada vez menos espacios jurídicos inmunes a la capacidad de penetración del ordenamiento jurídico de la Unión.

c) CUESTIÓN PREJUDICIAL, *ARMA DE DOBLE FILO*

El propio Tratado establece una conexión entre el derecho a la tutela judicial y la cuestión prejudicial.⁸²⁰ Mediante dicho incidente (surgido en el seno de un proceso principal) los jueces nacionales pueden dirigirse al TJ solicitando su auxilio interpretativo en supuestos dudosos surgidos con ocasión de la aplicación del ordenamiento jurídico de la UE. Queda así preservado el monopolio y competencia exclusiva del TJ en cuanto a la última interpretación y uniformización de la exégesis y aplicación del Derecho de la Unión y la depuración de su derecho derivado.

La cuestión, supone una vía auxiliar o instrumento de apoyo para el Juez nacional que carece de la especialización en la materia propia del TJ pero también se traduce en una adicional exigencia para la actividad tutelar del mismo y que precisamente puede suponer la censura de su actuación como garante de la tutela efectiva. No ha de bastar con que el ordenamiento nacional haya regulado los cauces procesales pertinentes para plantear la cuestión, (de conformidad con los principios de equivalencia y de efectividad), sino que resulta menester que, en su concreta y real aplicación judicial, se garantice, cuando resulte obligada, esa intervención prejudicial del Tribunal de Justicia.

La propia jurisprudencia europea ha delimitado las condiciones que permiten eludir el reenvío⁸²¹. En los supuestos en que la finalidad es anular una norma de derecho derivado por oponerse a los Tratados⁸²² la intervención de los Jueces de Luxemburgo resulta ineludible y no podrá subordinarse a la apreciación discrecional sobre su pertinencia por parte del Juez nacional. No siempre será fácil en la práctica para el mismo discernir en qué supuestos tiene o no autonomía para evaluar la aplicabilidad y validez del derecho de la UE al caso concreto y cuándo resulta preceptivo o meramente facultativo el planteamiento de una cuestión.

Incumplirá el ordenamiento de la UE, vulnerando precisamente el derecho a la tutela que pretende amparar, el Juez que actúe al margen de los cauces legalmente

⁸²⁰ Así resulta de la exégesis del art. 19 TUE y art. 267 TFUE.

⁸²¹ Conforme a la doctrina *Cilfit* (citada en nota 241).

⁸²² Asunto 314/85, *Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost. Petición de decisión prejudicial: Finanzgericht Hamburg - Alemania*. STJ de 22 de octubre de 1987, (ECLI: EU: C: 1987:452).

previstos en el ordenamiento de la UE y no plantee la cuestión siendo preceptivo dicho control por parte del TJ.⁸²³

Tras el Tratado de Lisboa, la cuestión prejudicial también se presenta renovada, desapareciendo las anteriores limitaciones que se disponían para los reenvíos en el tercer pilar y en el ámbito de la libre circulación de personas (visados, asilo e inmigración). Queda configurada como obligatoria para todos los ámbitos, cuando quien resuelve es el órgano judicial que tiene la última palabra en el orden jurídico interno, sin excepciones posibles por razón de la materia ni, prácticamente tampoco, por la naturaleza de la duda interpretativa, continuando los dictados de la doctrina *Cilfit* y manteniéndose la obligatoriedad del planteamiento en todo caso de las cuestiones de validez.⁸²⁴ En cuanto a las de interpretación, el artículo 267 TFUE obliga únicamente a los órganos que resuelven el pleito en última instancia a dirigirse al TJ en planteamiento de dicha cuestión, facultativa para todos los demás.

Se ha reforzado el protagonismo de los Jueces nacionales desde el punto de vista cuantitativo, incrementándose las materias y número de asuntos sometidos al juicio del TJ y también desde la perspectiva de su colaboración, al establecer aquellos una suerte de diálogo con el TJ, en que no sólo se formulará una serie de cuestiones o preguntas sino que se puede llegar a sugerir la interpretación que, a juicio del órgano remitente, se considera la más ajustada al Derecho de la Unión a los efectos de obtener o no confirmación por parte del TJ sobre el acierto de la tesis planteada.⁸²⁵

La gran novedad, (explícita en el último párrafo del art. 267 TFUE) es la configuración de una cuestión prejudicial de urgencia, que refleja, con toda claridad, los nuevos ámbitos en los que las competencias de la Unión se introducen a partir del Tratado de Lisboa (ELSJ), reservada a aquellos casos en los que la pregunta se suscite

⁸²³ Si el Juez nacional tiene dudas de la legalidad de una norma por su oposición al componente originario del Derecho de la Unión, queda indefectiblemente obligado a plantear la cuestión prejudicial (doctrina *Foto-Frost*), pudiendo, en cuanto árbitro, suspender la eficacia de la norma nacional en tanto resuelve el TJ (Asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG contra Hauptzollamt Itzehoe y Zuckerfabrik Soest GmbH contra Hauptzollamt Paderborn*. (Petición de decisión prejudicial: *Finanzgericht Hamburg y Finanzgericht Düsseldorf – Alemania*), STJ de 21 de febrero de 1991, (ECLI: EU: C: 1991:65).

⁸²⁴ Sentencia *Foto –Frost* citada y STJ de 6 diciembre 2005, (Asunto C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV contra Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*. (Petición de decisión prejudicial: *College van Beroep voor het bedrijfsleven - Países Bajos*), STJ (GS) de 6 de diciembre de 2005, (ECLI: EU: C: 2005:742).

⁸²⁵ Esta novedad ha sido valorada positivamente por el propio Tribunal de Luxemburgo, (véase el punto 23 de la Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales, DO C, núm. 297, de 5 diciembre 2009, p. 1).

en un asunto en el que alguna persona se encuentre privada de libertad.⁸²⁶ Ese procedimiento de urgencia, aplicado por el TJ, bien de oficio, bien a instancia razonada del órgano judicial remitente, exige que el Juez que promueve la cuestión precise las circunstancias de derecho que acrediten la urgencia.

La jurisprudencia europea más reciente igualmente ha contribuido a reforzar la posición del tribunal nacional que remite la cuestión, impidiendo que nadie decida, salvo él mismo, retirar la cuestión. A efectos prejudiciales, el dueño del proceso será el Juez nacional, que valora la pertinencia y la relevancia del reenvío.

En la regulación de esta cuestión el TJ ha configurado un sistema en que trata de garantizar el monopolio interpretativo del TJ respecto de su propio ordenamiento evitando interferencias entre órganos judiciales nacionales jerárquicamente ordenados. Sería contraria al ordenamiento de la Unión una previsión nacional que, en vía de recurso, permitiera a un tribunal superior imponer su interpretación al inferior que se ha remitido al TJ, tratando de imponer sus pautas interpretativas frente a las recibidas por el propio Tribunal de Luxemburgo.⁸²⁷

EL TJ siempre ha de responder salvo en los supuestos en que la jurisprudencia permite un rechazo *ad limine*.⁸²⁸ En cualquier caso, su función no es resolver el caso concreto del que dimana la cuestión planteada, sino ofrecer una pauta interpretativa vinculante, que se extiende también a los superiores jerárquicos del órgano remitente⁸²⁹ e incluso para el TC nacional.⁸³⁰

⁸²⁶ No obstante, el TJ ha ido más allá de la propia letra del art. 267, contemplando la posibilidad (punto 36 de la nota informativa) de aplicar el procedimiento de urgencia en ciertos casos en que, por ejemplo, esté en juego la patria potestad o la custodia de los hijos.

⁸²⁷ Si una vez planteada la cuestión prejudicial y previsto en el orden interno un recurso de apelación contra la decisión de remisión, el órgano de la alzada la revoca o modifica sus términos, el art. 267 TFUE exige que en tales tesituras el Juez que suscitó la cuestión no quede obligado a retirarla y a reanudar el procedimiento principal (Asunto C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* (Petición de decisión prejudicial: *Szegedi Ítéltábla – Hungría*), STJ (GS) de 16 de diciembre de 2008, (DO C 44 de 21 de febrero de 2009, p. 3).

⁸²⁸ Si el TJ estima evidente que la interpretación del derecho solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, considera que el problema suscitado es meramente hipotético o comprueba que no se le han suministrado los elementos de hecho y de derecho imprescindibles para proporcionar una respuesta útil (vgr. la Sentencia dictada en Asunto C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contra Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contra Jean-Marc Bosman y otros y Union des associations européennes de football (UEFA) contra Jean-Marc Bosman*. (Petición de decisión prejudicial: *Cour d'appel de Liège – Bélgica*), STJ de 15 de diciembre de 1995, (ECLI: EU: C: 1995:463).

⁸²⁹ Asunto C-173/09, (petición de decisión prejudicial planteada por el *Administrativen sad Sofia-grad — Bulgaria*) — *Georgi Ivanov Elchinov/Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, STJ (GS) de 5 de octubre de 2010, (DO C 328 de 4 de diciembre de 2010, pp. 6/7).

⁸³⁰ Precisamente en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 .2, CE el propio TC (STC (Sala 1ª) 145/2012, de 2 de julio de 2012, (Recurso de amparo 273-2011) ha reconocido que no tener en cuenta las resoluciones del TJ determinantes para la interpretación y aplicación nacional

A veces el Juez nacional se encuentra en la disyuntiva entre acudir al TC o al TJ, cuando en un litigio relacionado con el derecho de la UE le surge la duda sobre la compatibilidad de una norma interna con la Constitución nacional y al mismo tiempo con el Derecho de la Unión. En tal caso, el TJ ha señalado que no queda privado de la facultad de dirigirse a título prejudicial al mismo por el hecho de que, en su sistema procesal, la regulación de la declaración de inconstitucionalidad exija un recurso previo ante un órgano *ad hoc*.⁸³¹ Incluso se considera contraria al Derecho de la Unión una normativa nacional que, en esos casos de duda simultánea (en el ámbito del ordenamiento jurídico de la UE y también de constitucionalidad), exigiera un procedimiento incidental prioritario de control de constitucionalidad, reservando al TC la tarea no sólo de contrastar la conformidad de la norma controvertida con la Constitución sino también con el ordenamiento jurídico de la Unión. No puede, el TC en tales casos, precluir esa vía del planteamiento de la cuestión.⁸³²

En esa *europeización* de la labor del Juez nacional a que nos venimos refiriendo, resulta clave para su actuación el recurso a la cuestión prejudicial, que, no solo se presenta como una suerte de tabla de salvación ante una encrucijada interpretativa que puede serle planteada en un caso concreto, sino que ha sido proclamado en nuestro ámbito nacional (por obra del propio TC en recientes resoluciones de amparo) como una actuación judicial intrínsecamente vinculada al propio derecho a la tutela judicial efectiva también en su dimensión constitucional. Y ello, hasta el punto de ser declarado vulnerado el derecho proclamado en el art. 24 CE por la conducta omisiva de jueces nacionales que obviaron la interposición de la cuestión ante el TJ en supuestos en que el TC consideraba esencial el recurso a dicha vía prejudicial para la tutela de derechos fundamentales.

Examinando dicha doctrina del TC, puede afirmarse que también el art 24 CE que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, las garantías de debido proceso y proceso con todas las garantías, ha sido objeto de la permeabilidad propia del ordenamiento jurídico de la UE pasando a adquirir igualmente dicha garantía una dimensión europea o europeizada. Lo que en principio fue motivo de alarma doctrinal haciendo temer una suerte de atrincheramiento nacional o resistencia indirecta del TC frente a la primacía del ordenamiento UE, (equiparando erróneamente la cuestión

del derecho de la UE puede implicar una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y fundamentar un recurso de amparo.

⁸³¹ Asunto C-348/89, *Mecanarte - Metalúrgica da Lagoa Lda contra Chefe do Serviço da Conferência Final da Alfândega do Porto. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Fiscal Aduaneiro do Porto – Portugal*, STJ de 27 de junio de 1991, (ECLI: EU: C: 1991:278).

⁸³² Sentencia dictada en as. *Melki y Abdeli* (ya citada en nota 248).

prejudicial y la de constitucionalidad y aparentemente constriñendo con ello las facultades tutelares del Juez nacional respecto del ordenamiento de la UE) ha terminado finalmente (en la propia corrección del TC de sus pronunciamientos), por reafirmar el necesario respeto al actual sistema de fuentes, atendiendo a las específicas de la UE (y especialmente al valor de la Carta como derecho originario). Ello supone un significativo avance hacia una uniformización indirecta de esta garantía procesal fundamental en todo el ámbito europeo como un paso más hacia la construcción de un auténtico Espacio Judicial.

Y así en sucesivas y ya famosas Sentencias de nuestro TC (Sentencias 58/2004, 194/2006 y 78/2010)⁸³³, analizaba el mismo los efectos en el art. 24.1 CE de la decisión de un Juez ordinario de resolver (sin plantear la oportuna cuestión prejudicial), un litigio en el que está comprometido el Derecho de la Unión y en el que consideraba preceptiva la intervención del TJ. Se integraba por tanto en dicha garantía constitucional un evidente elemento “europeo”.

Tanto la STC 58/2004 de 19 de abril como la posteriormente citada (STC 194/2006 de 19 de junio) dieron lugar a numerosas interpretaciones doctrinales de diverso tenor y en su mayoría muy críticas con las confusas consideraciones del TC sobre la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación precisamente con la actuación judicial de los órganos nacionales relativa al planteamiento o no de la cuestión prejudicial. En una cabal interpretación de la primera⁸³⁴ puede entenderse que aquella señalaba que la inaplicación de una ley nacional por contraria al “Derecho comunitario” sin mediar cuestión prejudicial de interpretación sobre éste, cuando, según el TC, existían las condiciones para haberla planteado en términos obligatorios, constituía una vulneración del derecho, según reza el fallo, “a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías”. Por tanto esa dejación (más bien extralimitación) del Juez nacional de sus funciones como Juez europeo, no acogándose a los cauces obligatorios fijados por el ordenamiento UE para preservar la uniformidad del mismo, fue valorada por el TC español como vulneración de la garantía constitucionalmente prevista ex art 24 CE (integrando así una dimensión *europea* en el seno la misma).

⁸³³ STC (Sala 2ª) 58/2004, de 19 de abril de 2004. (Recurso de amparo 4979-1999), *BOE* núm. 120 de 18 de mayo de 2004; STC (Sala 2ª) 194/2006, de 19 de junio de 2006 (Recurso de amparo 6182-2004), *BOE* núm. 172 de 20 de julio de 2006 y STC (Pleno) 78/2010, de 20 de octubre de 2010 (Recurso de amparo 8427-2006), *BOE* núm. 279 de 18 de noviembre de 2010.

⁸³⁴ Siguiendo a ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, *Cuadernos de derecho público*, nº 38, 2009, pp.11-30.

Pese a la literalidad de una parte de la fundamentación jurídica de dicha Sentencia, (estableciendo un desafortunado paralelismo entre el necesario planteamiento de la cuestión prejudicial y la de constitucionalidad), es obvio que no podía entender el TC que la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho de la Unión exigiera “siempre el previo planteamiento” (esto es, aun cuando no se dieran las referidas condiciones exigidas por el ordenamiento de la UE para hacerlo en términos obligatorios), de una cuestión prejudicial. Como señala la doctrina más autorizada, dicha conclusión sería manifiestamente incompatible con la doctrina del TJ y las amplias facultades de los Jueces nacionales de inaplicación del derecho contrario al de la UE, por imperativo del principio de primacía. La Sentencia analizada, en realidad, estimó un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no por el hecho de inaplicar una ley por entenderla contraria al Derecho comunitario, sino por el modo de inaplicarla en ese caso concreto, negando al justiciable una interpretación del TJ sobre la norma europea determinante de la inaplicación (por incompatibilidad) de la ley nacional, cuando dicha interpretación, a la luz de las circunstancias del caso, debía haberse forzado vía prejudicial.

Ahondando en la confusión, en su posterior resolución (STC (Sala Segunda) 194/2006, de 19 de junio), el TC abordó de nuevo (también vía amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva), el tema de la inaplicación por el Juez ordinario, (sin plantear cuestión prejudicial europea y por su propia autoridad), de una ley por entenderla incompatible con el Derecho comunitario y la posible corrección de tal proceder, desgranando de nuevo argumentos dotados de franca ambigüedad que podrían llevar a pensar que el TC exigía, en todo caso, el previo planteamiento de una cuestión prejudicial para poder inaplicar una ley por contraria al Derecho comunitario.⁸³⁵

En la STC 78/2010, de 20 de octubre, aprovechó la ocasión para rectificar parcialmente dicha doctrina.⁸³⁶ En dicha Sentencia diferenciaba claramente el régimen

⁸³⁵ La argumentación central del TC se concentra en el FJ 5, en el que declara que: “siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, (cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria), el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la Administración (art. 103 CE) y de los Tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los Tribunales de Justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el Juez encuentra su legitimidad democrática”. Señalaba ALONSO, (*op.cit.*, nota 835) que el TC, pese a asumir que no se daban las condiciones para plantear la cuestión prejudicial, siquiera en términos facultativos, estimó que dicho planteamiento era ineludible como *conditio sine qua non* para inaplicar la ley. Tal argumentación, en última instancia, conducía a un callejón sin salida fuera cual fuere la lectura última que se hiciera.

⁸³⁶ En esa tercera Sentencia, el TC al resolver un recurso de amparo con idéntico objeto, rectificaba parcialmente la doctrina derivada de la STC 194/2006 sin poner en ningún momento en tela de juicio la doctrina de la STC 58/2004, sino la interpretación y concreción de aquella por la segunda.

jurídico de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial europea y señalaba los supuestos en que según el ordenamiento y la jurisprudencia de la UE la obligación de plantear ésta desaparece, “aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno”. Concluía que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario, el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria”.

Añadía que cuando resulte procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, (según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJ), y sin embargo el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplique una norma de rango legal por contrarias al Derecho de la Unión, ello acarreará una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías, (sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de si dicha vulneración abarca también su manifestación del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho). Sin embargo, matiza que cuando (también según exigencias del artículo 267 TFUE, de conformidad a la exégesis del TJ) resulte improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios y el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplique una norma de rango legal por contrarias al derecho de la UE, ello no acarreará vulneración alguna de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías pero podría acarrear, (en función de la argumentación judicial), una vulneración de dicha tutela en su manifestación del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.⁸³⁷

En cualquier caso, lo más significativo de estas resoluciones, desde la perspectiva que nos ocupa es precisamente testimoniar la necesaria atención que a la evolución y depuración del ordenamiento de la UE han de prestar los órganos judiciales

⁸³⁷ Muy reveladora la reflexión de ALONSO que señala que buena parte de las cuestiones prejudiciales se asemejan, desde la perspectiva del control judicial europeo sobre el derecho nacional, a las acciones por incumplimiento, siendo frecuentes las Sentencias dictadas en el marco del 267 TFUE en las que el TJ, sin referirse abiertamente a la concreta normativa nacional, realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre la misma y las disposiciones europeas cuya interpretación se le solicita. Considera que fue esa extrapolación, del radio de acción de la cuestión prejudicial de interpretación, más allá de su ámbito natural (el estrictamente europeo), al perímetro nacional, la que hizo el TC para llevar a cabo su antes mencionada aproximación o paralelismo entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en el contexto del sistema español de fuentes, y de control de dicho sistema desde el prisma de la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE.

También sobre este tema: IZQUIERDO SANS, C., “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 23, 2011.

nacionales, no sólo ordinarios sino también constitucionales, obligados a interactuar con el TJ en un permanente diálogo que ahonde la dimensión de la tutela de los derechos fundamentales que les ha sido confiada también en esta dimensión ya innegablemente “europea”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El nuevo marco jurídico institucional diseñado por el Tratado de Lisboa sobre las cenizas del fallido proyecto constitucional de la UE, se ha revelado como perfecto salvoconducto para la definitiva entrada, “por la puerta grande”, de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE. Especialmente notorio resulta el protagonismo asumido desde entonces por los derechos fundamentales procesales penales (régimen de garantías), favorecido por las novedades institucionales, legislativas y jurisprudenciales verificadas desde entonces.

Desde esa triple perspectiva, ha de destacarse la configuración de un marco institucional mucho más idóneo para la tutela de los derechos fundamentales procesales, comunitarizando la materia propia de la cooperación judicial penal, zanjando la inmadura y pretérita política de intergubernamentalidad propia de la Europa de los tres pilares, proyectando la creación de una Fiscalía Europea así como la futura adhesión de la UE al CEDH. Paralelamente, se ha producido una renovación casi revolucionaria de las fuentes de derecho originario y derivado en esta materia (con una Carta de Derechos Fundamentales de máximo rango jurídico y la imparable aprobación de Directivas en materia de garantías procesales), todo ello junto al nuevo devenir jurisprudencial de un TJ reforzado en su papel tuitivo de derechos fundamentales y continuador de su tradicional labor pretoriana.

A resultas de tal evolución, puede hablarse hoy de la progresiva construcción de un verdadero régimen de garantías procesales penales de perfil específicamente europeo, (confirmando así la hipótesis general sostenida en este trabajo).

SEGUNDA.- Dicha *europeización* de los derechos fundamentales procesales constituye un firme avance en el proceso de construcción europea en materia penal. Produce un efecto directamente relegitimador de la base democrática de la UE, máxime cuando no sólo apuesta por su expresa positivación a nivel europeo sino muy especialmente por un refuerzo en la “judicialización” de su tutela a un triple nivel, profundizando en la misma. Se reequilibra así, progresivamente, el Espacio Judicial Europeo, al enfatizar los valores de libertad y justicia frente a los imperativos de

seguridad predominantes en la anterior etapa. Supone redoblar la apuesta iusfundamental de la UE como entidad dotada de personalidad jurídica propia, en su avance decidido en la escena supranacional penal.

TERCERA- El Tratado de Lisboa ha permitido el desarrollo progresivo de un nuevo escenario judicial que, no por complejo e inacabado, resulta menos prometedor en cuanto a su finalidad tuitiva de garantías penales, coexistiendo tres instancias de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales obligadas a interactuar en el ámbito europeo, complicando exponencialmente el panorama de salvaguarda de garantías penales al implicar la efectiva convivencia de muy distintos estándares de derechos. De un lado, a nivel nacional, reforzada la labor tuitiva de los miembros de la jurisdicción ordinaria y constitucional (debiendo conciliar su rol de jueces europeos con las peculiaridades nacionales de su ordenamiento propio) y de otro, en el ámbito europeo, conviviendo la jurisdicción del TJ en su específico ámbito como supremo intérprete del ordenamiento jurídico de la UE con la del TEDH en interpretación del CEDH.

Tal pluralidad de instancias jurisdiccionales de tutela, diseña un panorama de gran complejidad que sin embargo ahonda en la garantía de salvaguarda de los derechos de sospechosos e imputados durante la instrucción penal, multiplicando sus posibilidades efectivas de amparo.

CUARTA- Desde un punto de vista material o sustantivo, la interacción entre ambos Tribunales europeos (TJ Y TEDH) se ha visto favorecida por una progresiva compatibilización de su normativa y doctrina en materia de garantías. Dicho fenómeno obedece a que el TJ, ha venido exigiendo plena coherencia entre el sentido y alcance conferido a los derechos fundamentales en el ordenamiento de la UE, con los del Convenio, según la jurisprudencia emanada del TEDH, estela seguida también por el actual legislador de la UE. Por ello, en este ámbito propio de los derechos fundamentales procesales, previsiblemente serán más frecuentes las divergencias entre los TC nacionales y el TJ que entre éste y el TEDH, inclinando la balanza hacia una visión hermenéutica armónica de ambas instancias europeas, con un efecto indirectamente uniformizador del contenido de tales garantías penales, de esta forma, progresivamente europeizadas de forma vinculante.

Sin embargo, desde un punto de vista competencial, la interacción entre ambos Tribunales europeos se revela mucho más compleja, como lo ha puesto de manifiesto el demoledor Dictamen recientemente emitido por el TJ, bloqueando el proyectado proceso de adhesión de la UE al Convenio. Evidencia que el TJ no está dispuesto a arriesgar sus prerrogativas en favor de la jurisdicción del TEDH ni a comprometer la armonía de su propio ordenamiento jurídico ni los principios de primacía, unidad y efectividad que le son propios. Se mantiene así la eterna disputa de difícil solución sobre el monopolio interpretativo de un derecho propiamente “europeo” en materia de garantías, colocando a la UE ante una nueva encrucijada.

QUINTA- El TJ tras Lisboa, está reafirmando su papel de máximo intérprete y custodio de la homogeneidad y primacía del ordenamiento del UE, en que ya se han integrado definitivamente las garantías procesales penales de sospechosos y acusados. En sus recientes pronunciamientos ha asumido una interpretación expansiva de su propio ámbito competencial en la materia (Sentencia *Åkerberg*) y reforzado su autonomía frente a interpretaciones de los TC nacionales que pudieran suponer una intromisión en aquel (Sentencia *Melloni*).

Dicho renovado protagonismo no ha de ser confundido con una suerte de autosuficiencia o intransigencia en sus relaciones con las otras instancias jurisdiccionales con las que ha de converger. Bien al contrario, la vía del diálogo preside sus relaciones con los TC nacionales y con el TEDH, desde un punto de vista recíprocamente enriquecedor y en constructiva interacción, sorteando áreas de conflicto competencial e inevitables colisiones entre ordenamientos, a los efectos de conciliar las discrepancias hermenéuticas inherentes a la diversidad propia del Espacio Judicial Europeo. En tal sentido, el TJ ha enfatizado la obligación de los jueces nacionales de interactuar con él mediante la cuestión prejudicial, (dotada hoy de mayor dinamismo y virtualidad práctica), a raíz de la cual, la doctrina jurisprudencial de aquel se erige en límite propiamente europeo del ámbito de discrecionalidad de estos.

SEXTA.- El Juez nacional, (muy especialmente el Juez de Instrucción), igualmente asume un papel decididamente clave como custodio del ordenamiento jurídico de la UE en esta materia. La difícil interacción de los distintos niveles de tutela judicial, (consagrando de forma evolutiva distintos estándares de protección de

derechos) exigen a los jueces nacionales nuevos desafíos desde una perspectiva cuantitativa, (incrementando de forma sensible el acervo normativo que están obligados a manejar), y sobre todo cualitativa, exigiendo un riguroso nivel de formación y especialización. Sólo así, podrán establecer en cada caso la relación jerárquica o competencial entre las distintas fuentes de aplicación, tanto nacionales como europeas, distinguiendo entre cada ámbito de actuación y pudiendo discernir incluso la dimensión europea latente en un concreto conflicto que le exija trascender de su ordenamiento estrictamente nacional. La complejidad de su labor se incrementa ante una problemática aun no totalmente resuelta sobre el concreto ámbito de aplicación de la Carta y la extensión del verdadero ámbito competencial de la UE en materia de derechos fundamentales.

SÉPTIMA.- De la asunción de esos nuevos retos ha de derivar una profundización efectiva de su labor tuitiva. Y así, la reforma de Lisboa y el programa legislativo surgido de aquella han reforzado institucionalmente las funciones del Juez nacional como Juez europeo en su función tutelar de garantías en el ámbito propio del Derecho de la UE, enfatizando la necesidad y operatividad de una vía de impugnación nacional tuitiva de derechos fundamentales y procesales, en coherencia con el amplio margen que las nuevas Directivas confieren a la discrecionalidad judicial.

Se enfrentan dichas autoridades, durante la instrucción penal, al novedoso desafío de completar la tutela judicial de los derechos de sospechosos y acusados con las especificidades propias del ámbito propio de la UE (antes ajeno a esta materia). Podrán así incluso subsanar las omisiones de otros poderes del Estado, muy especialmente las relativas a la demora en la implementación de Directivas, confiriendo a las mismas plena virtualidad y efecto directo, propiciando su interpretación bajo la óptica de intereses jurídicos netamente europeos. Ello supone flexibilizar su actuación instructora permitiendo atender a exigencias concretas de justicia material en ejercicio de su labor tuitiva, que resulta así indudablemente reforzada, enriqueciendo también el panorama judicial nacional.

OCTAVA.- Muy novedosa resulta la progresiva configuración de un Derecho propiamente “europeo” en materia de garantías procesales penales desde la perspectiva de su regulación positiva en el seno de la UE, (hasta entonces su asignatura pendiente), disponiéndose la eficacia jurídica vinculante de la Carta, consagrando tales

derechos en su capítulo “Justicia” con rango de derecho originario y posibilitando de forma expresa el desarrollo de un derecho derivado aproximador en materia procesal penal.

Dicha actividad legislativa de reciente creación, ha superado las expectativas derivadas de las limitaciones inicialmente apuntadas por el principio de neutralidad competencial de la Carta, la expresa regulación en los Tratados de las competencias de armonización en materia penal, (literalmente bastante restrictiva) y los dictados del principio de subsidiariedad, pudiendo afirmarse la existencia actual de una embrionaria creación de un Derecho Procesal Penal europeo en materia de garantías.

NOVENA:- Merece un juicio positivo la labor legislativa desplegada por la UE en ejecución del Programa de Estocolmo, cuyo plazo recientemente ha concluido y cuya finalidad específica era precisamente “reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales”. De un lado, ha resultado confirmada la necesidad e idoneidad de acometer una armonización legislativa a través de Directivas específicas en materia de garantías penales, consagrando dicha opción como complemento necesario del principio de reconocimiento mutuo, precisamente para suplir las carencias del mismo, propiciando así el desarrollo de un sustrato de confianza mutua desde una perspectiva material, imprescindible para la operatividad del nuevo ELSJ.

A su vez, la nueva estrategia legislativa, consistente en acometer una regulación aproximadora de derechos fundamentales seleccionados individualmente y sin ánimo exhaustivo, ha de ser calificada de rotundo éxito desde un punto de vista formal, atendido el resultado normativo alcanzado, habida cuenta lo exiguo del plazo prefijado y la dificultad de consenso en esta materia, tan sensible para la soberanía estatal.

DÉCIMA.- Atendido su resultado normativo, se evidencia en el momento actual una decidida voluntad europea de configuración positiva de un auténtico status global del sospechoso o acusado en el seno del ordenamiento propio de la UE, (con diferenciación específica del reclamado por una ODE).

Debutó el Programa de Estocolmo con la elaboración de dos Directivas sobre derechos a la traducción, interpretación e información de derechos, garantías aparentemente instrumentales, (consideradas como de segundo rango o accesorias e

incardinables en el derecho de defensa en sentido amplio) que dejaron una impresión de tímido avance en la materia, más simbólico que operativo. Sin embargo, esa inicial percepción ha sufrido un vuelco con la subsiguiente aprobación de las otras dos Directivas también de mínimos, pero concernientes al más profundo núcleo del derecho de defensa, (derecho a la asistencia letrada) y a las llamadas garantías probatorias (instaurando una Orden Europea de Investigación), profundizando en un Espacio Judicial Europeo no sólo de libre circulación de sospechosos y acusados sino también de pruebas.

UNDÉCIMA.- Desde un punto de vista material, la dimensión europea perfilada en tales Directivas en relación a las garantías que constituyen su objeto (concernientes las tres primeras al derecho de defensa consagrado en el art 48.2 Carta), reviste escasa novedad sustantiva, ya que viene a consagrar básicamente la previa construcción jurisprudencial del TEDH relativa a los derechos del Convenio, (igualmente seguida a grandes rasgos por el TJ) y expresamente acogida por el legislador de la UE. Gozan de idéntica base jurídica y una serie de características comunes como su proclamación del principio de no regresión y su conexión con el principio de reconocimiento mutuo y las exigencias del refuerzo de la confianza mutua.

Son normas “mínimas” con excesiva remisión a las legislaciones nacionales, de evidente valor simbólico pero también con una inmanente potencialidad tuitiva. Su eficacia dependerá de la interacción de dos factores por ahora indeterminados: el resultado de la implementación de esas normas (incompleta y de aún prematura valoración) y la propia exégesis judicial en ejercicio del amplio margen discrecional que dicha normativa otorga al Juez nacional como garante directo de su aplicación. Un mayor o menor resultado tutelar dependerá por ello del mayor o menor garantismo que asuma el legislador nacional en su transposición y desarrollo y los Jueces en su aplicación.

DUODÉCIMA.- La primera Directiva aprobada en materia de derechos de interpretación y traducción, aunque demasiado genérica y sólo medianamente garantista ha permitido diseñar su perfil europeo desde una exigencia de profesionalidad, calidad y efectiva salvaguarda judicial de su ejercicio, excediendo de un alcance puramente instrumental o accesorio para erigirse en eje esencial del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva en un espacio europeo plurilingüe. Su efectividad

dependerá en gran medida de los medios materiales que se doten los Estados para el cumplimiento de sus objetivos.

En cuanto a la Directiva subsiguientemente aprobada, sobre derechos de información, su principal escollo resulta precisamente la ausencia de previa aproximación en las legislaciones procesales de los Estados miembros sobre su objeto: esa información mínima que ha de estar a disposición de sospechosos y acusados en cuanto a sus concretos derechos como tales, (en especial los del detenido o privado de libertad) y también respecto al contenido de la acusación formulada frente a aquellos. Es por ello que el texto resultante es impreciso, provisional y dotado de una mínima seguridad jurídica, siendo su principal virtud la insistencia en la efectividad del derecho a la información mediante el recurso a un lenguaje no técnico sino accesible y adaptado a circunstancias particulares del receptor, especialmente en el caso de personas vulnerables.

DECIMOTERCERA.- Hasta la fecha, más relevante resulta la Directiva sobre derecho a la asistencia letrada, (que regula conjuntamente los derechos de información a un tercero en el momento de la privación de libertad y la comunicación con terceros y con autoridades consulares), máxime ante la exigencia de especialización derivada de los instrumentos de cooperación internacional en el Espacio Judicial Europeo, que evidencian la necesidad de garantizar el recurso a una defensa técnica, efectiva, de libre designación y de calidad. También positiviza esta norma los aspectos más netamente tuitivos de los sospechosos y acusados tal y como derivan de la doctrina jurisprudencial del TEDH, sin perjuicio de haberse rebajado las iniciales y más garantistas expectativas de la propuesta inicial por exigencias del consenso difícilmente alcanzado tras un dilatado periodo de discusión.

DECIMOCUARTA.- La euroorden, el más célebre y también denostado instrumento jurídico de cooperación judicial penal, pese a su consagración y desarrollo muy anterior a Lisboa, ha mantenido su importancia como pieza central también en el actual Espacio Judicial Europeo. Y así, el peculiar status del reclamado en virtud de aquella es objeto de regulación específica en las Directivas examinadas, que extienden el ejercicio de tales derechos al periodo ejecutivo posterior al dictado de la sentencia y lo adaptan a las peculiaridades de este instrumento, introduciendo novedades significativas como la de posibilitar una doble defensa letrada.

DECIMOQUINTA.- La continuidad del Programa de Estocolmo, no agotado, evidencia la decidida intención normativa del legislador europeo y su pragmatismo para salvar la dificultad de consenso entre Estados miembros, existiendo actualmente proyectos legislativos en elaboración de importante calado. Y así, en cuanto al derecho a la justicia gratuita (interconectado con el derecho de asistencia técnica y de gran valor instrumental y también previsto en el artículo 47 de la Carta), se ha asumido por la Comisión una doble estrategia armonizadora combinando la aprobación de una mera Recomendación sobre los aspectos más sensibles y complejos de dicha garantía con una Propuesta de Directiva que a su vez prevé una concesión provisional del derecho en dos supuestos que se consideran esenciales y perentorios: en relación a personas privadas de libertad y las reclamadas por una orden de detención europea.

En el mismo sentido, el derecho a la presunción de inocencia, también consagrado en la Carta, (art. 48.1) es actualmente objeto de una Propuesta de Directiva que únicamente implica una tímida armonización, limitándose a consagrar los aspectos menos controvertidos de aquella (explicitando los principios *in dubio pro reo* y *nemo tenetur*). Sin embargo, su futura aprobación reforzará su dimensión europea, asumiendo decididamente la doctrina del TEDH, siguiendo la estela de las Directivas ya aprobadas, revistiendo gran utilidad en relación con el funcionamiento de la futura Fiscalía Europea y la eventual existencia de un proceso penal supranacional europeo, siendo a tal efecto preceptiva la expresa regulación de este derecho fundamental.

DECIMOSEXTA.- Implica un adicional y relevante avance en la construcción de un proceso penal propiamente “europeo”, respetuoso con las garantías probatorias y el principio de presunción de inocencia, la muy reciente aprobación de la Directiva instaurando una Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI), permitiendo la entrada definitiva en la instrucción penal de una prueba de dimensión transnacional. Consagra un instrumento único y estandarizado, que sin duda simplificará y agilizará el escenario probatorio europeo, dinamizando y dotando de mayor seguridad jurídica a la cooperación entre autoridades judiciales. El nuevo régimen instaurado, sin embargo, supone la consagración de un sistema mixto, combinación del principio de reconocimiento mutuo y de un sistema asistencial, como solución de compromiso exigida por el aún débil sustrato del principio confianza mutua en esta materia.

Precisamente, esa libre circulación probatoria favorecida por la OEI confiere también nuevas y esenciales funciones tuitivas al Juez de Instrucción consagrando un amplio margen de discrecionalidad en su actuación. De un lado, en su calidad de autoridad de emisión, en lo relativo a la cumplimentación de la orden, la posibilidad de cooperación o intervención directa en su práctica en otro Estado y la supervisión de su definitiva incorporación en el acervo probatorio. Y también como autoridad de ejecución, afrontando la compleja exégesis de los motivos de una eventual sustitución o denegación de prueba, (configurados como facultativos y de imprecisa redacción) y determinando la compatibilidad con los principios jurídicos del ordenamiento nacional y el respeto a los derechos fundamentales en su dimensión europea, en orden a decidir el reconocimiento y ejecución de la orden. Habrá de conciliar en su actuación, en la medida de lo posible, las divergencias existentes entre *lex loci* y *lex fori*, obligadas a interactuar con ocasión de dicho novedoso instrumento.

DECIMOSÉPTIMA.- Resta como asignatura pendiente y de momento excluida por la vigente interpretación del principio de subsidiariedad, una eventual aproximación legislativa relativa al procedimiento de obtención de pruebas en supuestos sensibles de vulnerar derechos fundamentales sustantivos de sospechosos o imputados y en cuanto a la eficacia o virtualidad probatoria que cada una de ellas haya de desplegar en el proceso penal de destino. Sin embargo, *de lege ferenda*, se revela esencial para incrementar la operatividad de libre circulación probatoria, el establecimiento de unos mínimos estándares europeos comunes en relación a la práctica de las diligencias de instrucción más invasivas de derechos fundamentales así como en lo relativo a las exigencias de la cadena de custodia.

En su defecto, ha de ser el Juez de instrucción quien haya de redoblar el esfuerzo tutelar sobre tales derechos fundamentales, susceptibles de ser afectados en forma asimétrica y discriminatoria según los distintos grados de intromisión permitida en cada ordenamiento nacional. Solo así podrá prevenirse una desigualdad de trato que, además de lesionar el derecho de defensa, dificulta la verdadera construcción de un ELSJ, en cuyo seno, tanto el TJ como el TEDH, aspiran a imponer una tutela homogénea de los derechos de los ciudadanos europeos en su doble dimensión procesal y material.

DECIMOCTAVA.- La labor acometida por el legislador español en la transposición de la referida normativa europea solo puede ser calificada de tardía,

caótica e incoherente, poniéndose de manifiesto una evidente ausencia de rigor jurídico y sentido práctico. Y así, ante la enorme demora en la tramitación del proyectado Código Procesal Penal, se ha producido un retraso evidente en la transposición de las recientes Directivas, (de las que sólo se han implementado las dos primeras), con un resultado legislativo confuso, parcheado, caracterizado por la improvisación e incluso erróneo. Significativa al efecto es la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que llega a implementar algunas DM ya derogadas y sustituidas por nuevas normas, (cuya transposición sin embargo omite).

En cuanto a la transposición conjunta de las dos primeras Directivas a nuestro ordenamiento, (en la Ley Orgánica aprobada al efecto, ya vencido el plazo legalmente previsto), la normativa recién aprobada carece de aportaciones de interés e incluso rebaja las posibilidades tutelares de la norma, en el mismo sentido que el actual Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LECRIM para la implementación de la Directiva sobre el derecho a la asistencia letrada, poco novedoso e incompleto.

DECIMONOVENA.- Dada la interconexión entre las citadas garantías, si se hubiera acometido una transposición conjunta de las tres Directivas aprobadas, (y en su caso, la DM relativa a la euroorden, sustituyendo su anterior regulación), se habría evitado el escenario normativo resultante caracterizado por la confusión y provisionalidad ante sucesivas reformas, (que se prevén de escasa vigencia temporal), sobre los mismos preceptos de la LECRIM. Habría podido perfilarse una coherente regulación global del status del detenido, detallando las especificidades propias del reclamado en virtud de euroorden. Y precisamente, se ha perdido la oportunidad histórica de regular dicho instrumento de una forma más coherente y garantista, zanjando definitivamente las cuestiones doctrinales surgidas de la normativa y práctica judicial anterior, corrigiendo las distorsiones constatadas en materia de regularización de la situación personal del detenido reclamado y la relativa a la adopción de medidas cautelares personales, (especialmente la prisión preventiva).

VIGÉSIMA.- Establecida ya la relevancia del desarrollo del derecho derivado en materia de garantías procesales penales, ha de destacarse adicionalmente como paradigma de su “europeización progresiva”, la construcción jurisprudencial del TJ sobre dos derechos fundamentales básicos que precisamente no han sido hasta ahora objeto de armonización normativa: el principio *bis in idem* y el derecho a la tutela judicial

efectiva. En ambos casos, el TJ ha diseñado progresivamente un perfil europeo específico, (y más diferenciado del derivado de la jurisprudencia TEDH), provocando un efecto armonizador en este caso indirecto, pero efectivo, sobre las legislaciones de los Estados miembros.

VIGESIMOPRIMERA.- En cuanto al *ne bis in idem*, tras su proclamación en el artículo 50 de la Carta, el TJ ha corregido las deficiencias terminológicas de la misma en una posterior labor interpretativa que lo ha dotado de plena coherencia, circunscribiéndolo al ámbito penal *stricto sensu* y favoreciendo su interpretación integrada con los principios de legalidad y proporcionalidad de delitos y penas. Con ocasión de tal construcción jurisprudencial, el TJ ha consagrado una interpretación muy amplia sobre el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Carta, (una de las cuestiones más debatidas), llegando a incluir asuntos sin inicial dimensión transfronteriza, cuando su regulación haya de considerarse dentro de ámbito del ordenamiento de la UE, (Sentencia *Åkerberg*). Ello ha producido un efecto armonizador y permeabilizador entre legislaciones nacionales, “europeizando” dicha garantía.

El principio ha sido también positivizado como causa de denegación de cooperación judicial tanto en la ODE como en la OEI con un efecto muy diverso como corresponde a los muy distintos intereses que representa en cada instrumento. Y así, en la Directiva reguladora de la OEI, se consagra el *ne bis in idem* como motivo de denegación facultativo con un ámbito de operatividad prácticamente irrelevante, ampliando la eficacia del reconocimiento mutuo. En relación a la ODE, sin embargo, el legislador español ha efectuado una regulación “renacionalizadora” de aquel, configurando dicho motivo de denegación como obligatorio, recortando el margen de discrecionalidad judicial en su apreciación. Así, so pretexto de un mayor garantismo, pero en realidad evidenciando una cierta desconfianza en la actividad tutelar de los jueces en esta materia, acomete el legislador español una sorprendente evolución inversa a la asumida por el legislador de la UE.

VIGESIMOSEGUNDA.- En el señalado escenario de judicialización reforzada de las garantías procesales en el seno del ordenamiento de la UE, reviste especial relevancia la dimensión europea del derecho a la tutela judicial efectiva, atendiendo a su inicial consagración en la Carta (art. 47) y la estructura de recursos judiciales diseñada en Lisboa (pese a subsistir un cierto déficit de legitimación activa de

particulares y jueces nacionales ante el TJ). La creciente invocación de este concreto derecho así como de las restantes garantías interconectadas con él (muy especialmente el derecho a un juez imparcial), han derivado en una construcción jurisprudencial progresiva de este derecho fundamental por parte del TJ, específica pero coherente con la jurisprudencia del TEDH.

VIGESIMOTERCERA.- Precisamente con ocasión del análisis del perfil europeo del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha puesto de manifiesto la problemática derivada de la compleja articulación entre el ordenamiento constitucional nacional y europeo y la necesaria conciliación de los distintos estándares de derechos, como uno de los mayores retos que se plantean a los órganos judiciales también en el seno de la instrucción penal. El ansiado diálogo en tal sentido, entre el TC español y el TJ se ha materializado por primera vez en la Sentencia *Melloni*. Se perfila en ella el concepto “europeo” del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en la Carta, diferenciándolo expresamente de la interpretación que del derecho homónimo (art. 24 CE) venía efectuando el TC español, en lo referente a juicios en rebeldía. Efectúa el TJ una interpretación uniforme y reforzada de la primacía del estándar europeo de garantías en su propio ámbito competencial, rechazando la tesis del TC español que trataba excepcionalmente de aplicar su estándar nacional de tutela de derechos fundamentales.

Ello no significa que el TC ignore la trascendencia de la evolución del ordenamiento jurídico de la UE en relación a esta garantía. Precisamente contribuyendo a una cierta “ *europeización*” de la labor del juez nacional, el TC español ha considerado la cuestión prejudicial como una actuación judicial intrínsecamente vinculada al propio derecho a la tutela judicial efectiva, desde su propia dimensión constitucional, dotando así al derecho a la tutela judicial efectiva de una auténtica *dimensión europea o europeizada*.

VIGESIMOCUARTA.- Es clave la conexión entre la preservación del derecho a la tutela judicial efectiva y el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ, que se convierte en una suerte de “arma de doble filo” para el Juez nacional en tanto que instrumento de apoyo hermenéutico pero también adicional exigencia en el desarrollo de su actividad tuitiva durante la instrucción penal. En su rol de juez europeo, no puede

el Juez de Instrucción ignorar la dimensión europea de la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Habrà de ajustar su actuación a un difícil equilibrio. De un lado, ha de evitar una interpretación demasiado extensiva del ámbito competencial de la UE, que podría conllevar una vulneración del derecho nacional desde la óptica de esta garantía y del principio de legalidad (si se obviase el planteamiento de la cuestión cuando fuere preceptivo). En sentido inverso, ha de evitar priorizar indebidamente el estándar constitucional y nacional de derechos, ya que en tal caso podría vulnerar el principio de primacía del ordenamiento europeo.

VIGESIMOQUINTA.- La dimensión europea de las garantías penales no está totalmente perfilada ni acabada pero se encuentra en plena fase de configuración progresiva, sin posibilidad de retroceso o marcha atrás. Será motor esencial en ese proceso de construcción la labor encomendada a los Jueces en su labor tuitiva, relanzada en este nuevo escenario europeo y con un efecto potenciador de la salvaguarda de derechos fundamentales. Se ha confirmado así la hipótesis inicialmente planteada, una vez alcanzados los objetivos de este trabajo.

Mirando al futuro, es razonable prever la consolidación del nuevo modelo en materia de derechos fundamentales penales pese a la ausencia de una genérica competencia en la materia, atendida la postura expansiva asumida por el propio legislador de la UE y el TJ. Y así, pese a subsistir la posibilidad de una Europa a dos velocidades, el marco deliberadamente abierto diseñado en Lisboa presenta una evidente potencialidad de desarrollo de esta materia en varios frentes. De un lado, la posibilidad de ampliar las competencias legislativas armonizadoras de garantías, a través de una labor hermenéutica judicial y también por expresa decisión del Consejo. A ello podría añadirse la futura creación de Tribunales especializados en materia específicamente tutelar, la eventual extensión competencial de Eurojust e incluso de una futura Fiscalía Europea, (cuya dimensión funcional podría trascender de su inicial protección de intereses financieros de la UE). Tal evolución podría impulsar el futuro desarrollo de un auténtico proceso penal común.

Sea como fuere, se ha ratificado el firme compromiso de la UE de vincular efectivamente su actuación al respeto de los derechos fundamentales y entre ellos, a las garantías procesales penales, relanzando y legitimando desde una óptica netamente democrática el proyecto de integración europea hacia una auténtica Unión Política. Un paso decidido cuya meta final, (¿por qué no, incluso federal?) está aún sin definir y cuyo éxito o fracaso dependerá en gran medida de la verdadera implicación judicial en ejercicio de sus nuevos desafíos.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

ALDECOA LUZARRAGA, F., *Una Europa. Su proceso constituyente*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA R., *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989.

ALONSO GARCÍA R. y SARMIENTO, D., *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

ALONSO GARCÍA R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2006.

ALONSO GARCÍA R. y SARMIENTO, D., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

ALONSO MOREDA, N., *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: Magistrados de enlace, Red Judicial Europea y Eurojust*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. (dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

AMTENBRINK, F. (y otros), *The constitution for Europe and an enlarging union: unity in diversity?*, Europa law publishing, Groningen, 2005.

ARANGÜENA FANEGO, C., (coord, *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: la Orden Europea de detención y entrega*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORAN, A. (coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid 2008.

ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares SL, Granada, 2011.

AREILZA CARVAJAL, J.M., *El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1996.

ARMENTA DEU, T., GASCÓN INCHAUSTI, F. y CEDEÑO HERNÁN, M.(coords.), *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea, tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2006.

ARROYO ROMERO, F.J., *El impacto de la legislación de la Unión Europea en el Proceso penal español*, Universidad Rey Juan Carlos, Dickinson, Madrid, 2004.

ARROYO ZAPATERO L., NIETO MARTIN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2006.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN A. (dirs.), *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A., *El principio de “ne bis in ídem” en el derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2007.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A., *Código de derecho penal europeo e internacional*, Instituto de derecho penal europeo e internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, Ministerio de Justicia, 2008.

ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN A. (dirs.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010.

ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir. y coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2012.

BACHMAIER, L. (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2012.

BACIGALUPO, E., *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos fundamentales*, tomo II, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.

BERRAONDO LÓPEZ, M., *Los derechos humanos en la globalización, mecanismos de garantía y protección*, Giza eskubideak, derechos humanos, Alberdania SL, Zarautz, 2004.

BIONDI, A. (ed.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BRAUM, S. y WEYWEMBERGH, A., *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université d Bruxelles, Bélgica, 2009.

BUJOSA VADELL, L.M. (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, (perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea)*, Editorial Comares, Granada 2008.

CALAZA LÓPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Iustel, Portal Derecho SA, Madrid, 2005.

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*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coord.), *La constitucionalización de Europa*, Editorial Comares, Granada, 2006.

CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

CARMONA CONTRERAS, A.M. (coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

CARTIER, M.E, (dir.) *Le Mandat d'Arrêt Européen*, Bruylant, Bruselas, 2005.

CARRARA, F. *Derecho Penal*, vol. 3, Biblioteca clásicos del derecho, Oxford, 2003.

CEDEÑO HERNÁN, M., *La orden de detención y entrega europea: Los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2010.

CLAES, M., *The National's Court's Mandate in the European Constitution*, Hart, Oxford, 2006.

CLOSA MONTERO, C. y FERNÁNDEZ SOLA, N. (coords), *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

COMELLAS AGUIRREZABAL, M.T., *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

CUERDA RIEZU, A. (dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un estado de derecho en un mundo globalizado*, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid 2008.

CURTIN D.M. SMITS J.M, KLIP.A y MC CAHERY, J.A., *European integration and law*, Interesentia, Oxford 2006.

CHICHARRO LÁZARO, A., *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

DE BURCA, G., y WEILER J.H.H., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

DE HOYOS SANCHO, M. y AMBOS, K.(coords.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales-Criminal proceedings in the European Union:essential safeguards*, Lex Nova,Valladolid 2008.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal, Introducción*, Ramón Areces, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L. y VEGAS TORRES, I., *Derecho Procesal: Introducción*, 2º ed., Editorial Cera, Madrid, 2001.

DE LA OLIVA SANTOS, A.(dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2008.

DE SCHUTTER, O. y NIHOUL, P., *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2004.

DE WITTE, B. (dir.), *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2003.

DEL RÍO VILLAR, S. (coord.), *Europa: El estado de la Unión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

DELMAS-MARTY, M., *Procès pénal et droits de l'homme: vers une conscience européenne*, Presses Universitaires de France, Paris 1992.

DÍAZ CREGO, M., *Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

DÍEZ- PICAZO, L.M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ PICAZO, L.M. y NIETO MARTIN, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.

ERGEK, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

EVANS, T., *The politics of human rights, global perspectives*, Pluto Press, London, 2005.

FELLOUS, G., *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, La documentation française, Paris, 2010.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Sílex SL, 2007.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2005.

FIJNAUT, C. y OUWERKERK, J.(eds.), *The future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Martinus Hijhoff publishers, Países Bajos, 2010.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis y Doctrina Jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005.

GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (coords), *Integración europea a través de derechos fundamentales: De un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.

GUILD, E. (ed.), *Constitutional challenges to the European Arrest Warrant*, Wolf, Nijmegen, 2006.

HABERLE, P., *La garantía del contenido esencial De Los Derechos Fundamentales*, Dyckinson, Madrid 2003.

HARTLEY, T.C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

HERMIDA DEL LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Antropos Editorial, Barcelona, 2005.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (dir.), *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de formación continuada, 51, CGPJ, Escuela judicial, Lerko Print SA, Madrid 2010.

HERRERO DE LA FUENTE, A.A. (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, (Fundación Rei Alfonso Henriques), Zamora 2003.

HOPFEL, F., *Función y límites de la armonización en el Derecho penal de los Estados miembros*, Publicación del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales del Instituto de Derecho Penal Europeo internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

HUBER, B., *Cuestiones del derecho penal europeo*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asua,” Dyckinson, Madrid, 2005.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (coord.): *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

JACQUE, J.P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Dalloz, Paris, 2006.

JAÉN VALLEJO, M., *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal, (las garantías del proceso penal)*, Estudios Penales, Dyckinson, Madrid, 2002.

JÁUREGUI BERECIARTU, G; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (coords.), *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JIMENA QUESADA, L. y ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Biblioteca Nueva, 2006.

JIMENO BULNES, M. (coord.) *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*. Universidad de Burgos, Bosch, Barcelona 2007.

JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

KEIJZER, N, VAN SLIEDREGT, E. (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, Asser Press, The Hague, 2009.

KENNETT, W., *The enforcement of judgements in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

LEJEUNE.Y., *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruselas, 1998.

LIÑÁN NOGUERAS, D. (dir.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, 2003.

LÓPEZ CASTILLO, A., *La Constitución de Europa a debate: estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T., *Ciudadanos de Europa, Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Biblioteca Nueva SL, Madrid, 2005.

LÓPEZ PINA, A., *Europa, un proyecto irrenunciable. La constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, E., *Europa busca modelo, los referenda nacionales sobre la constitución europea*, Dykinson, Madrid 2007.

LORCA NAVARRETE, J.F. y LORCA MARTIN DE VILLODRES, M.I., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Ediciones Pirámide, Anaya, Madrid 2010.

LUCARELLI, A. (y otros), *Dal Trattato costituzionale al trattato di Lisbona. Novi studi sulla costituzione europea*, Edizione scientifiche italiane, 2009.

MANGAS MARTÍN, A., *Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional Europeo sobre la constitución española*, Pacis Artes, Civitas, Madrid, 2005.

MANGAS MARTÍN, A., *La constitución europea*, Iustel, Madrid, 2005.

MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 2009.

MARISCAL BERÁSTEGUI, N., *Teorías políticas de la integración europea*, Tecnos, 2003.

MARISCAL BERÁSTEGUI, N., *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Tecnos, 2010.

MARTÍN, C. (y otros), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Distribuciones Fontamara SA, México, 2004.

MARTÍN DIZ, F. (coord.), *Constitución Europea. Aspectos históricos, administrativos y procesales*, Tórculo ediciones, 2006.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J., *Los paradigmas del derecho internacional, (Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional)*, Editorial Universidad de Granada, Granada 2008.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Iustel, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98 de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, 2003.

MARTÍNEZ SIERRA, J.M., *La recepción constitucional del Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MASCLET, J.C y MAUS, D. (dirs.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Documentation française, Paris, 1993.

MATÍA PORTILLA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

MÉNDEZ DE VIGO, I., *El rompecabezas: Así redactamos la Constitución Europea*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2012.

MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir. y coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares SL, Granada, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales: El modelo europeo*. Editorial Bomarzo, Albacete 2009.

MORÁN MARTÍNEZ, R.A. y GUAJARDO PÉREZ, I. (coords.), *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*. CEJ Ministerio de Justicia, BOE, 2007.

MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (coord.), *Tratado de Niza: análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002.

MORENO Y BRAVO, E. (coord.), *Un Derecho Penal para Europa: Corpus Iuris 2000: Un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, Dickinson, (Cuadernos “Luis Jiménez de Azua”), Madrid, 2004.

NIETO MARTÍN, A. (coord.) y TIEDERMANN, K. (dir.), *Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2005.

NIETO MARTÍN, A. y DÍEZ PICAZO, L.M. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

OLASOLO ALONSO, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

OVEJERO PUENTE, A.M., *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, Fundación Wolters Kluwer España, La Ley, Madrid 2012.

PECES BARBA, G., *Derechos fundamentales, Teoría general*, Guadiana, Madrid, 1973.

PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la Prueba y Derecho Penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 3, Dykinson, Madrid, 1999.

PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

PÉREZ TREMPES, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1994.

PERRODET, A., *Étude pour un ministère public européen*, Bibliothèque des sciences criminelles, (tome 35), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 2001.

PI LLORENS, M., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 2001.

RASMUSSEN, H., *On law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986.

RIDEAU, J. (dir.), *Les états membres de l'Union Européenne, adaptations, mutations, résistances*, L.G.D.J., Paris, 1997.

RIDEAU, J. (y otros), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruselas, 2009.

ROBLES MORCHÓN, G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑAN NOGUERAS, D.J. (dirs.), *El Derecho Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *Primacía y subsidiariedad en la UE*, CEPC, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *Confesión del Imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida. Perspectiva jurisprudencial*, Bosch, 2005.

RODRÍGUEZ SOL, L., *Código de Justicia Penal de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

RUBIO LLORENTE, F. (y otros), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El Juez nacional como juez europeo*, FUE/Civitas, Madrid, 1993.

RUIZ MIGUEL, C., *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

RUIZ RICO, RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999.

SAIZ ARNAIZ, A. (dir.) y ZELAIA GARAGARZA, M., (coord.) *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñati, 2006.

SALINAS DE FRÍAS, A., (coord.), *Estudios Europeos*, (volumen II), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

SÁNCHEZ PINO, A.J. y SANZ CLAVIJO, A. (dirs.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, servicio de publicaciones, 2011.

SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

TAJADURA.J. y DE MIGUEL, J. (coords.) *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, CEPC, Madrid, 2008.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

TRIDIMAS, T., *The European Court of Justice and the EU Constitutional Order: Essays in Judicial Protection*, Hart, Oxford, 2008.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales. Un estudio de la influencia comunitaria sobre la fundamentalidad de los derechos constitucionales*, IVAP (Instituto Vasco de Administración Pública), Oñati, 2001.

UGARTEMENDÍA EZEICEBARRENA, J.I y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coords), *Derecho Constitucional Europeo*, Actas del VIII Congreso ACE, Mesa 1: Internacionalización del Derecho Constitucional y Constitucionalización del Derecho Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

URREA CORRES, M., *La Cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, 2002.

VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2010.

VIDAL BENEYTO, J. (coord.): *El reto constitucional de Europa*, Dykinson, Madrid, 2005.

VON BOGDANDY, A. y BAST, J. (eds.), *Principles of European constitutional law*, Hart, Oxford, 2006.

VON BOGDANDY, A., SAIZ ARNAIZ, A., UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., MORALES ANTONIAZZI, M. (eds.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, IVAP-UPV, Oñate-Bilbao, 2012.

WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe, "Do the New Clothes Have an Emperor" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

ZAGREBELSKY, G. (dir.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Editori Laterza, Roma, 2003.

ZILLER, J., *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la constitution pour l'Europe*, L'Hartmattan, Paris, 2003.

ZILLER, J., *Il nuovo Trattato europeo*, Il Molino, Bolonia, 2007.

CAPÍTULOS DE LIBROS

ALISTE SANTOS, T. J., “Orden europea de detención y entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales” en BUJOSA VADELL, L. M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, (perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea)* Editorial Comares, Granada 2008, pp.313-327.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: Especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito” en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTIN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M. (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2006, pp. 383 y ss.

ARANGUENA FANEGO, C., “Garantías procesales de los sospechosos e imputados” en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales-Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid 2008, pp.138-169.

ARANGUENA FANEGO, C. “La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita” en CALDERÓN CUADRADO, M.P, IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (coords.) *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia , Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 287 y ss.

ARANGUENA FANEGO, C., “Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos en imputados en el proceso penal”, en ARANGUENA FANEGO, C., (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares SL, Granada, 2011, pp.269-301.

AUVRET, P., “L’adhésion de l’Union à la Convention Européenne des droits de l’homme” en RIDEAU, J. (y otros), *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp.379-406.

BELLIDO PENADES, R., “Cooperación judicial y ne bis in ídem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega) en DE LA OLIVA, A. (dir.), *La Justicia y la*

Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, Colex, Constitución y Leyes SA, Madrid, 2008, pp.257-273.

BERBEROFF, D., “La presunción de inocencia y el derecho de defensa. Principios de legalidad y de proporcionalidad” en BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos fundamentales*, tomo II, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur menor, 2009, pp. 863-934.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., “La dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad”, en CALDERÓN CUADRADO, M.P., IGLESIAS BUHIGUES, J.L, (coords.) *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, cap. VII, pp. 173 y ss.

CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Problemas actuales” en SALINAS DE FRÍAS, A., (coord.), *Estudios Europeos*, volumen II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp.71 y ss.

CEDEÑO HERNÁN, M. Y AGUILERA MORALES, M. “El principio non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” en DE LA OLIVA, A.(dir.), *La Justicia y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Constitución y Leyes SA, Madrid, 2008, pp. 187-241.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Conflictos de jurisdicción, *non bis in ídem* y litispendencia internacional en la UE” en ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTIN, A., *El principio de “ne bis in ídem” en el derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2007, pp. 65-93.

CRUZ VILLALÓN, P., “La Carta o el convidado de piedra. Aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Europa” en CLOSA MONTERO, C. Y FERNÁNDEZ SOLA, N. (coords), *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp.185-197.

CURTIN, D.M, “European legal integration: Paradise lost?” en CURTIN D,M, J.M SMITS J.M, KLIP. A Y .MC CAHERY, J.A, *European integration and law*, Interesentia, Oxford 2006, pp 1-54.

DE HOYOS SANCHO, M., “Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales- Harmonization of criminal proceedings,

mutual recognition and essential safeguards” en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales-Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp.42-79.

DE HOYOS SANCHO, M., “La armonización del estatuto de las víctimas en la Unión Europea” en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA, Madrid, 2012, pp. 409-422.

DE LA OLIVA SANTOS, A. “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2008, pp. 67-74.

DE LA OLIVA SANTOS, A., “La regla non bis in idem en el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea; algunas cuestiones y respuestas” en DE LA OLIVA, A., (dir.), *La Justicia y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Constitución y Leyes SA, Madrid, 2008, pp. 167-185.

DE LEÓN VILLALBA, F.J., “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*”, en ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTIN, A., *El principio de “ne bis in idem” en el derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2007, pp. 17-35.

FERNÁNDEZ TOMAS, A., “Sobre la eficacia de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea” en HERRERO DE LA FUENTE, A., (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, (Fundación Rei Alfonso Henriques), Zamora, 2003, pp.33-48.

FERRERES COMELLA, V., “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo” en SAIZ ARNAIZ, A. (dir.) Y ZELAIA GARAGARZA, M. (coord.), *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñati, 2006, pp. 231-269.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Proceso penal europeo y garantías jurisdiccionales de los derechos en la Europa unida” en BUJOSA VADELL, L.M. (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, (perspectivas para la construcción de un*

proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la unión Europea), Editorial Comares SL, Granada, 2008, pp.79-102.

GALERA RODRIGO, S., “El principio de subsidiariedad desde la perspectiva del reparto de competencias entre los estados miembros y la Unión Europea” en VVAA, *Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo* (II): XVII jornadas de estudio, Vol. 1, 1998, pp. 635-666.

GARCÍA BERRO, F., “La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno” en SÁNCHEZ PINO, A. J, y SANZ CLAVIJO, A. (dirs.) *Derecho de la Unión Europa y reformas del ordenamiento jurídico español*, Universidad de Huelva, servicio de publicaciones, 2011, pp.117-141.

GARCÍA ROCA, F.J., “Originario y derivado en el contenido de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: Los test de constitucionalidad y convencionalidad” en HERRERO DE LA FUENTE, A., (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, (Fundación Rei Alfonso Henriques), Zamora, 2003.

GARCÍA ROCA, F.J., “La propuesta de Decisión Marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado Constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes”, en ARANGÜENA FANEGO, C., (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 47-66.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2008, pp. 107-147.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “Efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: La ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales” en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Colex, Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2008, pp.361-382.

IRURZUN MONTORO, F. “La negociación de la decisión Marco sobre garantías procesales en el Consejo de la Unión Europea” en ARANGÜENA FANEGO, C. *Garantías procesales en los procesos penales en la UE*, Lex Nova, Valladolid 2007. pp. 26 a 33.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Armonización de las garantías procesales y derecho a la asistencia letrada en la orden europea de detención y entrega” en ARANGÜENA FANEGO, C. *Garantías procesales en los procesos penales en la UE*, Lex Nova, Valladolid 2007, pp.121-149.

JIMÉNEZ-VILLAREJO, FERNÁNDEZ, F., “Orden europea de investigación: ¿Adiós a las comisiones rogatorias?” en ARANGÜENA FANEGO, C., (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Editorial Comares SL, Granada, 2011, pp. 175-203.

JIMENO BULNES, M., “Medidas Cautelares de carácter personal” en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTIN, A. y MUÑOZ DE MORALES, M.(coords), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-la Mancha , Cuenca, 2006, pp. 363 y ss.

JIMENO BULNES, M., “Origen y Evolución de la cooperación judicial en la UE: instrumentos procesales” en JIMENO BULNES, M., (coord.) *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*. Universidad de Burgos, Bosch, Barcelona 2007, pp.27-65.

JIMENO BULNES, M., “Orden de detención europea” en JIMENO BULNES, Mar, (coord.) *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Universidad de Burgos, Bosch, Barcelona 2007, pp.299-348.

JIMENO BULNES, M., “Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales” en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales-Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp.106-137.

MEDINA ORTEGA, M., “La inserción de la carta en el derecho de la Unión Europea” en HERRERO DE LA FUENTE, A. A., (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, (Fundación Rei Alfonso Henriques), Zamora 2003, pp.71-83.

MIRANDA RODRIGUES, A., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales-Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 263-284.

MORENO CATENA, V. “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2008, pp.76-106.

MUERZA ESPARZA, J., “Derechos de la defensa” en CALDERÓN CUADRADO, M.P., IGLESIAS BUHIGUES, J.L.(coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, cap. VI, pp. 149 y ss.

NIETO MARTÍN, A., “El principio *ne bis in ídem* en el derecho penal europeo e internacional” en ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTÍN, A., *El principio de “ne bis in ídem” en el derecho penal europeo e internacional*, ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2007, pp. 9-16.

NIETO MARTÍN, A., “Modelos de organización judicial en el derecho penal europeo” en NIETO MARTÍN, A. y DÍEZ PICAZO, L. (dirs.) *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp.149-182.

PASCUAL SERRATS, R., “El derecho a ser informado de la acusación (una aproximación al mismo a través de la jurisprudencia del TEDH) en CALDERÓN CUADRADO, M.P., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (coords.) *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2009. pp. 239 y ss.

PELAYO LAVÍN, M., “La protección de la víctima en la Unión Europea” en BUJOSA VADELL, L.M. (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, (perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la unión Europea)*, Editorial Comares SL, Granada 2008, pp. 331-354.

PEÑA ECHEVERRÍA, F.J., “Ciudadanía europea y derechos fundamentales” en LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T., *Ciudadanos de Europa, Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Biblioteca Nueva SL, Madrid, 2005, pp.147-170.

POPESCU, C.L., « Le catalogue des droits de l'homme dans la Convention européenne- Une structure figée?», en RIDEAU, J., (y otros), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles 2009, pp. 45-57.

RAFARACI, T., “Ne bis in ídem y conflictos de jurisdicción en materia penal, en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp.122-148.

REMIRO BROTONS, A., “Algunos aspectos problemáticos de la tutela de los derechos humanos en la Unión Europea” en HERRERO DE LA FUENTE, A.A., (ed.), *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar* Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, (Fundación Rei Alfonso Henriques), Zamora 2003, pp. 85-91.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Sobre el principio de subsidiariedad”, en VVAA, *Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo* (II): XVII jornadas de estudio, vol. 1, 1998, pp. 749-778.

RODRÍGUEZ DÍAZ, B., “El Tratado de Lisboa o la entrada de la Constitución por la puerta de atrás”, Instituto Robert Schuman de Estudios Europeos, Universidad Francisco de Vitoria, en VVAA, *Derecho Constitucional Europeo*, Actas del VIII Congreso ACE, Mesa 1: Internacionalización del Derecho Constitucional y Constitucionalización del Derecho Internacional, <http://w.w.w.incipe.org/ Tratado.pdf>, (última consulta 20 de enero de 2010).

RODRÍGUEZ GARCÍA N., “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza” en BUJOSA VADELL, L.M. (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo, (perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la unión Europea)*, Editorial Comares SL, Granada 2008, pp.271-302.

ROPERO CARRASCO, J., “¿Protección social versus garantismo?: Excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada”, en CUERDA RIEZU, A., (dir.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un estado de derecho en un mundo globalizado*, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid 2008, pp. 267-324.

RUIZ - JARABO COLOMER, D., “La reforma del Tribunal de Justicia realizada por el Tratado de Niza y su posterior desarrollo” en MOREIRO GONZÁLEZ, C.J. (coord.), *Tratado de Niza: análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002, pp-83-104.

SANCHÍS CRESPO, C., “El derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa” en CALDERÓN CUADRADO , M.P., IGLESIAS BUHIGUES, J.L, (coords.), *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia , Avances y derechos fundamentales en materia procesal* , Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.cap. IX, pp. 255 y ss.

SANZ HERMIDA, A.M., “Sobre la delimitación de los mismos hechos en la aplicación transnacional de la prohibición del *bis in ídem* regulada en el art 45 del CAAS” en DE LA OLIVA, A. (dir.), *La Justicia y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2008, pp. 243-255.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” en ARROYO ZAPATERO, L. Y NIETO MARTIN, A., *El principio de “ne bis in ídem” en el derecho penal europeo e internacional*, ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca, 2007, pp. 37-64.

SCHUNEMANN, B., “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la administración de Justicia penal?” en ARMENTA DEU, T., GASCÓN INCHAUSTI, F. y CEDEÑO HERNÁN, M., (coords.), *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea, tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2006, pp.19-36.

SIEBER, U., “El futuro del derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del sistema penal europeo” en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN A. (dirs.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Graficas Cuenca SA, Cuenca, 2010, pp. 153-223.

SOTIS C., “¿Cómo construyen los jueces europeos un derecho fundamental o poniéndonos en el “sollen” como deberían construirlo?” en NIETO MARTÍN, A., y DíEZ PICAZO, L. M. (dirs.) *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 73-89.

SUEUR, J.J., «L'Evolution du catalogue des droits fondamentaux» en RIDEAU, J., (y otros), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp.15-43.

TAJADURA TEJADA, J., “La “desconstitucionalización” de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa: los límites de la integración diferenciada”, en UGARTEMENDÍA EZEICEBARRENA, J.I y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coords), , *Derecho Constitucional Europeo, Actas del VIII Congreso ACE*, Mesa 1: Internacionalización del Derecho Constitucional y Constitucionalización del Derecho Internacional, Universidad del País Vasco, http://w.w.w.acoes.es/congreso_VIII/documentos/Javier_Tajadura_Tejada.pdf, (última consulta 14/09/2011).

TIEDEMANN, K. “El nuevo procedimiento penal europeo” en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN A. (dirs.) *El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007. pp. 143 155.

TRIGUERO MARTÍNEZ L.A., “Título V, Justicia” en MONEREO ATIENZA, CRISTINA Y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir. y coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares SL, Granada, 2012, pp. 1237-1249.

VERVAELE, J., “Secreto de Estado y “privilegios probatorios” en los procesos de terrorismo en los Estados Unidos. ¿Control judicial de los arcana imperii?”, en BACHMAIER, L. (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2012, pp.229-261.

WEILER, J.H.H, “La arquitectura judicial después de Niza” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 469 y ss.

ARTÍCULOS

AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVI, nº 2145, agosto 2012, www.mjusticia.es/bmj (última consulta 12 de octubre de 2014).

ALCACER GUIRAO, R., “La doctrina Parot ante Estrasburgo: Del Rio Prada C.España (STEDH 10.7.2012, nº 42750/09), consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH”, *Revista de derecho comunitario europeo* (Centro de estudios políticos y constitucionales) nº 43, Madrid, 2012, pp. 929-952.

ALEXY, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad,” *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp.11-29.

ALONSO GARCÍA, R., “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de derecho público*, nº 13, 2001. pp. 13-43.

ALONSO GARCÍA, R., “Constitución española y Constitución europea: Guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 73, 2005, pp. 339-364.

ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, *Cuadernos de derecho público*, nº 38, 2009, pp.11-30.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº15, 2008, pp.233-255.

AZOULAI, L., “Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés européennes tel qu’il se dégage de sa jurisprudence “, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, nº1, pp. 29-46.

BACHMAIER WINTER, L., “La Orden Europea de Investigación: La propuesta de Directiva Europea para la obtención de pruebas en el proceso penal”, *Revista Española de Derecho Europeo* (REDE) nº 37, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp.71-93.

BACHMAIER WINTER, L., “La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 25, 2011, pp.1-23.

BACHMAIER WINTER, L., “La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación”, (Fundación Wolters Kluwer España, SA) *Diario La Ley* nº 7992, (28 de Diciembre de 2012).

BAQUERO CRUZ, J., “What’s left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 15, 2008, pp.233-255.

BOIXAREU CARRERA, A., “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, nº 3, 1994, pp. 771-808.

BORRAJO INIESTA, I., “El derecho a la tutela sin indefensión (art 24.1 CE): Guion de cuestiones”, *Cuadernos de derecho público*, mayo-agosto, 2000, pp. 54-55.

BUCHARD, C. Y BRODOWSKI, D., “The Post-Lisbon Principle on Transnational Ne Bis In Idem: On the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement. Case note on District Court Aachen, Germany, Decision of 8 December 2010”, *New Journal of European Criminal Law*, 1 /2010/3, pp. 310 y ss.

CÁMARA VILLAR, G., “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la UE y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005, pp.9-42.

CAMARERO GONZÁLEZ, G., “Conflictos de jurisdicción y ne bis in idem internacional. ¿Desconfianza mutua entre estados?”, *Revista del Poder Judicial* nº 86, 2007, pp. 117 -161.

CAMPANER MUÑOZ, J., “La Orden Europea de Vigilancia: statu quo y perspectivas de futuro. Hacia una necesaria armonización de las medidas cautelares personales en la UE”, *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, nº 30, enero-abril 2012, pp. 161-187.

CANEDO ARRILLAGA, J.R. y GORDILLO PÉREZ, L.I., “Los derechos fundamentales en la UE a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39, 2008, pp. 27-59.

CARRASCO DURÁN, M., “La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95, mayo/agosto Madrid, 2012, pp. 65-93.

CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detección europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 14, 2007, pp.1-24.

CARRETERO GONZÁLEZ, C. y PRADO BENAYAS, B., “La directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* nº 29, 2012, pp.114-124.

CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº9, Tecnos, Madrid, 2001, pp.7-26.

CASANOVA MARTÍ, R., “Sitel: Una nueva realidad para intervenir las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 29, septiembre-diciembre 2012, pp. 172-189.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Diligencias de Investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado” en *Revista de Derecho Penal*, Nº 38, 1º cuatrimestre 2013, año XIII, Lex Nova, Thomson Reuters, pp.35-68.

CEREIJO SOTO, A., “El derecho a interpretación y a traducción en España: una nueva concepción a partir de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales” *Revista Unión Europea Aranzadi (RUE)* nº 7, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 7-18.

CONSTANTINESCO, V., “La Carta europea de derechos fundamentales. Una visión desde Francia”, *Anuario de Derechos humanos*, Instituto de Derechos humanos, Universidad Complutense, Madrid, 2001, pp.179-196.

CONWAY, G., “Ne bis in idem in international law”, *International criminal review*, vol. 3, 2003, pp. 217 244.

DE ANGELIS, F., “L’espace judiciaire pénal européen: une vision se concrétise”, *Revue du Droit de L’Union Européenne* 2-2011, Editions Clément Juglar, pp.187-193.

DE LA CUESTA, J.L. et ESER, A., “Competencias criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio “ne bis in ídem”, *Revista Internacional de Derecho Penal*. 3/2001 (vol. 72), p. 765-777.

DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* nº 19, 1er semestre, Graficas Tur Calpe, Valencia, 2012, pp. 157-183.

DÍAZ PITA, M.M., “Informe sobre el principio non bis in ídem y la concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales Penales Españoles y los Tribunales Penales Internacionales”, *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 73, pp. 873- 899.

DÍEZ PERALTA, E. y ROLDÁN BARBERO, F.J., “Tribunal Constitucional español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 10, n.º 23, 2006, pp. 87-133.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº54, año 18, 1998, pp. 255-272.

DÍEZ- PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “¿Qué diferencia hay entre un Tratado y una Constitución?”, *Cuadernos de derecho público* nº13, 2001, pp. 85-102.

DÍEZ- PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 15, 2005, pp.159-170.

DONAIRE VILLA, F. J., “El espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: Entre supranacionalidad e integración diferenciada”, *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)* 35, editorial Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 337-364.

DOUGAN, M., “The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts”, *Common Market Law Review*, vol. 45, n.º3, 2008.

FERNÁNDEZ SOLA, N., “La subjetividad internacional de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº11, enero-abril 2002, pp.85-112.

FERRIES, A., "The European Investigation Order: Stepping Forward with Care", *New Journal of European Criminal Law*, 1-2010/04, pp. 425-432.

GALERA RODRIGO, S., "The right to a fair trial in the EU: Lights and shadows", *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 87, Madrid, 2013, pp. 51-75.

GAMBINO, S., "Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 18, 2012, pp.55-94.

GARCÍA MARTÍNEZ, N., "La exigencia de una traducción e interpretación de calidad por parte de la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, nº 60, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2012, pp.119-143.

GÓMEZ COLOMER, J. L., "La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto "Corpus Iuris)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 2000, pp.139 y ss.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº15-2º semestre 2008, pp.211-231.

GONZÁLEZ- CUELLAR SERRANO, N., "La euroorden: hacia la Europa de los carceleros", *Diario La Ley*, nº 6619, 2006, pp.1-5.

GORDILLO PÉREZ, L. I: "Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa. La incorporación de la UE al CEDH", *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)* nº 38, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 203-04.

GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F. y DEL POZO PÉREZ M., "La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español", *Revista General de Derecho Europeo* 24, 2011, pp.1- 42.

HÄBERLE, P., "Derecho constitucional común europeo", *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, 1993. pp. 7-46.

HEGUENAU-MOIZARD, C, "Vers une harmonisation communautaire du droit pénal", *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 377-389.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J, "La sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014,(Melloni)"http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sentencia_melloni_

11_724930004.html (publicado en *Revista de la Jurisprudencia* 1, de 1 de julio de 2014). (última consulta, 1 de septiembre de 2014).

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Los efectos del Tratado de Lisboa sobre los pilares de la Unión Europea: una visión jurisdiccional”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, El Derecho editores, (publicado 1 de marzo de 2011), http://www.elderecho.com/administracion_de_justicia/Tratado-Lisboa-Union-Europea-jurisdiccional_11_247180005.html (última consulta 15 de diciembre de 2014).

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión”, <http://www.elderecho.com/administrativo/ordenamiento-Union-Europea-Lisboa> (última consulta, 15 de diciembre de 2014).

IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F., “The charter of fundamental rights of the European Union and the right to defend oneself”, *Revista de Derecho Político*, nº 87, UNED, Madrid, 2013 pp. 79-99.

IGLESIAS RÍO, M.A., “Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del derecho penal preventivo y de la seguridad. Un nuevo ejemplo en el Anteproyecto de reforma del CP de 2010”, *Revista de Derecho Penal*, nº 39, Lex Nova, 2º cuatrimestre 2013, año XIII, pp. 9-38.

IRURZUN MONTORO, F., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una crónica inacabada”, *Revista Española De Derecho Europeo*, nº 45, 2013, Civitas, pp. 9-24.

IZQUIERDO SANS, C., “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)* nº 34, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 193-233.

IZQUIERDO SANS, C., “Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 23, 2011.

JANER TORRENS, J.D., “La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea,” *Revista de derecho comunitario europeo*, nº 43 año 16, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid 2012, pp.773-806.

JIMENA QUESADA, L., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos". El Tratado de Lisboa (II) *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40/2009, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, pp.63-83.

JIMENA QUESADA, L., "La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 50/2014, Bilbao, pp.173-197.

LENAERTS, K., "Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights", *European Constitutional Law Review*, volume 8, Asser Press, Cambridge, 2012, pp. 375-403.

LINDE PANIAGUA, E., "El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº15-2º semestre, 2008, pp. 27-44.

LINDE PANIAGUA, E., "¿Tiene límites el expansionismo de los derechos fundamentales?", *Revista de Estudios Europeos*, nº 58, julio/diciembre, Valladolid, 2011, pp. 95-112.

LINDE PANIAGUA, E., "El sistema de competencias de la unión europea de acuerdo con el tratado de Lisboa", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº21, 2º semestre 2011, UNED, Colex. pp. 27-294.

MACIÁ-BARBER, C. y GALVÁN ARIAS, M.A., "Presunción de inocencia y deontología periodística: el "caso Aitana", Presumption of innocence and journalistic ethics: The "Aitanacase", http://www.revistalatinacs.org/067/art/960_Getafe/16_Macia.html (última consulta 8 de noviembre de 2014) (DOI: 10.4185/RLCS-2012-960).

MAGRO SERVET, V., "La medida de intervención telefónica en el nuevo Código procesal penal y actuación del juez de garantías y de la fiscalía", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 31, mayo-agosto 2013, pp.199-213.

MANCINI, G, F., "The making of a Constitution for Europe", *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, pp. 595-614.

MANGAS MARTÍN, A., "Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa. Categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009.

MANSO PORTO, T., “El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado”, *Estudios Penales y criminológicos vol. XXXI (2011 (publicación anual) Universidade de Santiago de Compostela*, 2011, pp.305-324.

MARÍN AIS, 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”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, año 17, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2013, pp.233-276.

MARTÍN DIZ, F., “Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº18/2º semestre 2011, pp.133-166.

MARTÍN MARTÍNEZ, M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39 año 15, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2011 pp.407 y ss.

MARTÍNEZ PÉREZ, E., “La actualización de los derechos fundamentales en Europa: La incidencia de la Carta en la Jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, año 17. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2013, pp. 155-190.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “El principio non bis in idem y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, *Noticias Jurídicas*, enero 2011, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201101-2854132975132.html> (última consulta, 23 noviembre de 2014)

MATÍA PORTILLA, F.J., “Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas”, *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)* nº 39, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp.255-275.

MAYORDOMO RODRIGO, C., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y criminológicos vol. XXXI (publicación anual) Universidade de Santiago de Compostela*, 2011, pp. 325 -390.

MENÉNDEZ, A.J., “La mutación constitucional de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales), nº 96 año 32, Madrid 2012, pp.41-98.

MILLÁN MORO, L., “El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 14, nº 36, 2010, pp. 401-438.

MONJEAN-DECAUDIN, S., “L’Union européenne consacre le droit à l’assistance linguistique dans les procédures pénales. Commentaire de la directive relative aux droits à l’interprétation et à la traduction dans les procédures pénales”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 47, Editions Dalloz, Paris 2012, pp.763-781.

MORÁN MARTÍNEZ, R.A., “Obtención y utilización de la prueba transnacional”, *Revista de Derecho Penal*, nº30, mayo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 79-102.

NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 6, 2003, pp. 279-289.

NICOLINI, M., “El nivel integral de tutela como contenido de los derechos fundamentales europeos,” *Revista de Derecho Político*, nº85, septiembre-diciembre UNED, Madrid, 2012, pp.317-347.

NISTAL BURÓN, J., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas privadas de libertad. Un análisis a la luz de la jurisprudencia constitucional,” *Revista de Derecho Penal* nº32, Lex Nova, Valladolid 2011, pp. 29-47.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La configuración del Espacio Judicial Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 50/2014, Bilbao, pp. 105-139.

OSLE, R.D., “Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Centro de estudios políticos y constitucionales,) nº 96, año 32, Madrid 2012, pp. 99-123.

PALACIO GONZÁLEZ, J., “La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias dela futura adhesión de la UE al Convenio Europeo”, “El Tratado de Lisboa” (II) *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40/2009, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, pp.161-179.

PARDO GETINO, L.A., “Los derechos humanos en el marco de la última reforma de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010.

PEDRAZ PEÑALVA E. y ORTEGA BENITO, V., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, nº17, pp.71-98.

PEDRAZZA GORLERO, M., “A la búsqueda de la “forma condicionante”. Introducción a las relaciones entre Tribunales constitucionales nacionales y Tribunales europeos después del Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Político*, nº 81, 2011, pp. 289-322.

PERALTA, E. y ROLDÁN BARBERO, F.J., “Tribunal Constitucional español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n.º 10, n.º 23, 2006, pp. 87-133.

PÉREZ MARÍN, M.A., “El futuro órgano instructor común: una propuesta para la organización de la Fiscalía Europea y para el control de su actividad”, *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, nº108, Dickinson, Madrid, 2012, pp.141-174.

PÉREZ TREMPES, P., “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 29, Civitas, 2009, pp. 19-48.

PEYRÓ LLOPIS, A., “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 46, 2013, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp.9-28.

PI LLORENS, M., “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n.º 11, nº 27, 2007, pp. 575-593.

PIATOLLI, B., “Ne bis in idem europeo”, *Cassazione penale*, nº6, 2007, pp.262-265.

PRADEL, J., “Le point actuel sur le principe *ne bis in idem*, notamment au regard de la jurisprudence constitutionnelle française récente”, *Revue de droit pénal et de criminologie*, juin, Bruxelles, 2013, pp. 582 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ, A., "La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm 14 al CEDH", *Revista Española de Derecho Europeo* (REDE) nº 36, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 487-520.

RALLO LOMBARTE, A., "Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma", *Revista Aranzadi de Unión Europea*, nº 8-9, 2012, pp. 15-56.

RIOJA GARCÍA, M., "El tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de cooperación judicial penal", *Revista Unión Europea Aranzadi*, nº 4, abril 2009, pp.5-17.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A., "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 192, 2001, pp.9-22.

ROMANO, A., "El nivel constitucional y legal de las fuentes del derecho en los Estados de la Unión Europea", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 17, 2012, pp. 347-384.

RUBIO LLORENTE, F., "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la CDFUE)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002. Pp. 13-52.

RUIZ- JARABO COLOMER, D., "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Estudios de Derecho Europeo*, CGPJ, Madrid, 1989, pp. 39 y ss.

RUIZ- JARABO COLOMER, D., "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa", *Noticias de la Unión Europea* nº291, 2009, pp.31-40.

SAIZ ARNAIZ, A., "De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", *Constitución española y Constitución Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp.51-75.

SANTANA HERRERA, M.S., "La función de los derechos fundamentales en la incipiente ciencia del derecho constitucional europeo", *Revista Europea de Derechos fundamentales* nº 9/1er semestre 2007, p.127-148.

SANTOS VARA, J., "La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar", *Revista General de Derecho Europeo*, nº8, 2005, pp. 12 y ss.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., "Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Union Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco", *Revista electrónica de estudios Internacionales*, nº10, 2005. pp. 1-32.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., "European Union: The European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2008, pp.171-183.

SOCA TORRES, I., "El nuevo Reglamento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº49, Bilbao 2014, pp. 109-130.

SOLAR CALVO, P., "Del tercer pilar al área JAI: Nuevo bloque normativo en protección de datos", *Revista Aranzadi de Unión Europea*, nº 8-9, 2012, pp. 49-66.

TORRES MURO, I., "La condena en ausencia: Unas preguntas osadas (ATC 86/2011 de 9 de junio) y una respuesta contundente (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, año 33, enero/abril 2013, pp. 343-367.

TORRES PÉREZ, A., "Euroorden y conflictos constitucionales: A propósito de la STC 199/2009 de 28-9-2009", *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)* nº 35, julio-septiembre de 2010, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 441-472.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., "¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito interno de aplicación del derecho comunitario? (reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión Europea)", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007, pp. 401-433.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y RIPOL CARULLA, S., "La Euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 46, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 151-198.

VERVAELE, J., "The transnational ne bis in idem principle in the UE. Mutual recognition and equivalent protection of human rights", *Utrecht Law Review*, vol. 2, nº5, 2005, pp.100-118.

WEILER J.H.H "Descifrando el ADN político u jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio", *Revista Española De Derecho Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, nº 96, Madrid 2012, pp. 13-40.

WEYEMBERGH, A., "L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union Européenne", *Archives de politique criminelle*, 1/2004 (nº 26) pp. 37-70, (<http://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2004-1-page-37.html>.) (última consulta, 20 de noviembre de 2012).

ZILLER J., "El Tratado de Prüm", *REDCE*, Universidad de Granada, www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/02jacquesziller.html. (última consulta 20 de marzo de 2015).

FUENTES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#>

<http://eurlex.europa.eu/es/index.htm>

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/278>

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/c230903-mae.html

www.mjusticia.gob.es/

www.echr.coe.int/

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>

<http://www.boe.es/>