

Garantías del Proceso Debido y Unión Europea. Implicaciones para los ordenamientos internos

TERESA FREIXES (COORDINADORA)



Derecho Público

GARANTÍAS DEL PROCESO DEBIDO Y UNIÓN EUROPEA.
IMPLICACIONES PARA LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

María José Cíaurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Fernando Martín Díz, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Doctor Nuno Piçarra, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Miguel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

GARANTÍAS DEL PROCESO DEBIDO Y UNIÓN EUROPEA. IMPLICACIONES PARA LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

TERESA FREIXES
(Coordinadora)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2020

Primera edición: octubre de 2020



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE papel: 090-20-176-9
NIPO AEBOE PDF: 090-20-177-4
NIPO AEBOE ePUB: 090-20-178-X
NIPO CEPC papel: 091-20-076-8
NIPO CEPC PDF: 091-20-077-3
NIPO CEPC ePUB: 091-20-078-9
ISBN: 978-84-340-2659-9
Depósito legal: M-26082-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRESENTACIÓN. <i>Teresa Freixes</i>	13
I. EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA, COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL Y GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO PENAL. <i>José Carlos Remotti</i>	21
I. Introducción	22
II. El inicio de la cooperación en materia de seguridad y justicia en la UE. Una cooperación informal sin el amparo de los tratados fundacionales	25
III. Un salto adelante. Fórmulas de cooperación reforzada: El Acuerdo y el Convenio de Schengen y la Convención de Dublín	27
IV. La formación del tercer pilar	35
4.1 El Tratado de Maastricht	35
4.2 Tratado de Ámsterdam	36
4.3 El Programa de Tampere	38
V. Los atentados de 2001 y el vuelco en materia de seguridad y justicia	41
5.1 Las Decisiones Marco 2002/475/JI y 2002/584/JAI	42
5.2 El Tratado de Prüm y la posterior integración de sus contenidos al acervo comunitario	46
5.3 El Programa de La Haya	48

	Páginas
VI. El Tratado de Lisboa y el establecimiento de las bases para el equilibrio entre las medidas de cooperación policial y judicial y los derechos fundamentales:	51
6.1 La Decisión Marco 2009/299/JAI	57
6.2 La Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009	60
6.3 El programa de Estocolmo	63
VII. A modo de conclusión	66
II. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO Y LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2013/48/UE. <i>Juan Carlos Gavara de Cara</i>	71
I. La influencia de la directiva 2013/48/UE en la configuración del derecho a la asistencia letrada y su transposición en el ordenamiento jurídico español	72
II. Las consecuencias para la distinción entre asistencia letrada al detenido y asistencia letrada en el proceso como manifestación del derecho de defensa	77
III. La introducción del estatuto del investigado en el derecho de defensa y la ausencia de diferencias a efectos de la asistencia letrada al detenido	83
IV. La ampliación del contenido y del ámbito material de actuación en la asistencia letrada al detenido	89
V. La equiparación de los derechos de los detenidos o personas en prisión provisional con los derechos del investigado	97
VI. La confidencialidad entre letrado y cliente en la asistencia letrada al detenido	101
VII. La renuncia a la asistencia letrada	105
VIII. Las excepciones y restricciones temporales al derecho a la asistencia letrada	106
8.1 Las limitaciones al acceso a las actuaciones procesales en la asistencia letrada	108
8.2 Las limitaciones en la asistencia letrada conectadas a la detención incomunicada	112
IX. Conclusiones: Un cambio de orientación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	118

III	CONTROVERSIAS SOBRE LA DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2016. <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	121
I.	Introducción	121
II.	El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo	125
2.1	La cláusula de garantía del <i>ius tacendi</i>	128
2.2	La prohibición de «forzar» al sospechoso o acusado y el ejercicio legítimo de poderes coercitivos por parte del Estado	131
2.3	El «comportamiento cooperador» y la información relativa al derecho a no declarar	134
III.	El derecho a estar presente en el juicio	135
3.1	La celebración del juicio en ausencia siempre que concurren determinados requisitos	136
3.2	La celebración del juicio en ausencia de quien no ha podido ser localizado	139
3.3	La exclusión temporal del juicio	141
3.4	Los procedimientos por escrito	142
IV.	Valoración global	143
V.	Bibliografía	145
IV	EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL. LA DIRECTIVA 2012/13/UE Y SU TRASPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. <i>Daniel Capodiferro Cubero</i>	149
I.	Introducción	149
II.	El fundamento y las reglas generales de la Directiva 2012/13/UE	152
III.	Las previsiones genéricas sobre el derecho a la información en el proceso	155
IV.	El tratamiento de la información procesal relativa a la acusación	158
V.	El acceso a los materiales del expediente	162
VI.	El derecho a la información en los procesos penales en el ordenamiento español antes de la trasposición de la Directiva 2012/13/UE	165
VII.	El derecho a la información en el proceso penal tras las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015	168
7.1	El derecho a la información del investigado o encausado ...	169

	Páginas
7.2 El derecho al examen de las actuaciones y el secreto de sumario	172
7.3 El derecho a la información del detenido: acceso a las actuaciones y caracterización de los elementos «esenciales para impugnar la legalidad de la detención»	174
VIII. Valoraciones finales	176
V. EL DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: UNA GARANTÍA MULTINIVEL EN LA UNIÓN EUROPEA. <i>Nuria Saura</i>	179
I. Ciudadanía europea y garantía multinivel de los derechos fundamentales en el proceso penal	180
II. La influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la adopción de las directivas sobre derechos procesales en el ámbito penal en la Unión Europea	182
III. El derecho de la UE como garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal: el derecho a interpretación y a traducción	186
3.1 El marco jurídico de adopción de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal	187
3.2 El derecho a traducción e interpretación en la UE: diversidad lingüística e igualdad de derechos fundamentales	192
IV. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su influencia en la directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal	195
4.1 Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6 CEDH respecto a la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal	198
4.2 Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6 CEDH respecto a la Directiva 2010/64/UE y la orden de detención europea	201
V. La Directiva 2010/64/UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	204
VI. Conclusiones	211

VI LA MISE EN ŒUVRE DU MANDAT D'ARRET EUROPEEN EN FRANCE. <i>Sophie Perez</i>	217
I. Introduction	217
II. Les différentes étapes de l'insertion de la décision-cadre en droit français	220
L'avis du Conseil d'État motivant une révision constitutionnelle	220
La révision constitutionnelle (Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen)	223
L'introduction du mandat d'arrêt dans le code de procédure française	225
III. Les conditions relatives au statut de la personne, aux infractions commises et au respect des droits fondamentaux	229
La protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt	229
L'émission du mandat depuis la France et la notion d'autorité judiciaire	230
L'émission du mandat par les autorités françaises	231
L'émission et la notion d'autorité judiciaire: le cas du parquet français	234
L'émission et les conditions relatives aux infractions	236
La décision d'exécution du Mandat d'arrêt européen par la France: respect des droits fondamentaux et motifs de refus	237
La transmission aux autorités françaises	238
La traduction de la demande	241
La nature des infractions	241
Les motifs de refus	245
Les refus motivés au regard de la déclaration française sur les effets temporels de la décision cadre	245
Les conséquences du Brexit durant la période de transition	247
Les motifs obligatoires de refus	248
Les motifs facultatifs de refus	250
IV. Les conditions relatives au respect de la procédure et des droits procédurales	251
Les droits relatifs à la remise de la personne	252
La procédure devant la chambre de l'instruction	256
La décision de la chambre de l'instruction	259
Les voies de recours à l'encontre de la décision de la chambre de l'instruction	259

VII.	LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL GIUSTO PROCESSO NELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA: SINERGIE CON LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI. <i>Valentina Maglietta</i>	261
	I. Introduzione	261
	II. Dal rito inquisitorio al codice Vassali	266
	III. L'emergenza Mafia negli anni della riforma del processo penale	271
	IV. La costituzionalizzazione del giusto processo	276
	V. La ragionevole durata del processo	281
	VI. Conclusioni	294
VIII.	BESCHULDIGTENRECHTE IM STRAFVERFAHREN: IMPLIKATIONEN DES EU RECHTS FÜR DIE DEUTSCHE RECHTSORDNUNG. <i>Eva-María Poptcheva</i>	299
	I. Die mehrstufigkeit des europäischen raums der freiheit, der sicherheit und des rechts	299
	II. Europäischer haftbefehl	301
	2.1 Erster rahmenbeschluss, 2002	301
	2.2 Zweiter rahmenbeschluss, 2009	303
	III. Recht auf anwalt, Richtlinie 2013/48/EU	309
	IV. Recht auf information im strafverfahren, Richtlinie 2012/13/EU und recht auf dolmetschen und übersetzung im strafverfahren, Richtlinie 2010/64/EU	310
	V. Richtlinie 2016/343/EU: Unschuldigkeitsvermutung, Recht auf Anwesenheit im Verfahren	311
	VI. Fazit	313

PRESENTACIÓN

No creo que ninguno de los autores de este libro, tuviera en mente que el monográfico que nos proponíamos iba a ser, en el momento de la entrega de originales, de una tan gran actualidad. Con un presidente de la Generalitat cesado por efecto de la aplicación del artículo 155 CE y su sustituto condenado por inhabilitación para ocupar cargo público a la espera de la sentencia definitiva, varios miembros del antiguo gobierno de la Generalitat condenados ya en firme por sedición y malversación y, con cuatro de los antiguos consejeros, huidos todos ellos al extranjero con el argumento de que, en España, los juicios no contaban con las debidas garantías, tenemos que enfrentarnos no solo a los argumentos estrictamente técnicos acerca de las garantías del debido proceso en España, sino a una comparativa con otros Estados de la Unión Europea y a las implicaciones que, para los ordenamientos jurídicos internos, supone la inserción de España en el Espacio Judicial Europeo.

Efectivamente, estamos más de moda que nunca. Tenemos en marcha una orden europea de detención y entrega dirigida al juez competente, para que entregue a España a los políticos que dicen estar formando un gobierno catalán en el exilio y que se van a resistir a ella por considerar que en España no tendrían un juicio con las debidas garantías. Tres de ellos han sido elegidos eurodiputados que, según la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo español, lo son por el mero hecho de haber resultado electos y, por consiguiente, gozan de inmunidad en el territorio de la Unión. El derecho a intérprete es utilizado en el marco de las euroórdenes para «facilitar» que el caso tenga que ser decidido por jueces flamencos a los que se supone más favorables al secesionismo catalán. La inmunidad es cuestionada por la petición de sendos suplicato-

rios al Parlamento Europeo, que deberá pronunciarse al respecto se supone que en los próximos meses, facilitando, también se supone, la aplicación de las órdenes de detención y entrega de los políticos prófugos de la justicia.

Todo este «embrollo» se sitúa en el corazón de ese Espacio Judicial Europeo que se está construyendo trabajosamente en la Unión. Varias decisiones-marco y varias directivas, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, jalonan la interpretación y aplicación interna que debe ser realizada en torno a las garantías del debido proceso, nuestra tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 de la Constitución.

Desde que, una vez en vigor la Constitución de 1978 y ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del ámbito del Consejo de Europa, el artículo 24 CE fue interpretado en conexión con el artículo 6 del mencionado Convenio como estándar mínimo, interpretado éste por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una ingente jurisprudencia de este último sirvió de inspiración a nuestro Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo, así como al resto de juzgados y tribunales, en la interpretación de las garantías procesales, proclamadas en la Constitución y delimitadas, para su aplicación concreta al caso, en las leyes de procedimiento civil, penal, contencioso-administrativo y laboral.

Pero, posteriormente, tras la entrada en lo que hoy es la Unión Europea y el otorgamiento de valor jurídico, como tratado, que el Tratado de la Unión Europea (art. 6.1 TUE) ha prescrito para la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, al tiempo que el mismo Tratado de la Unión ha considerado que los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución, encuentra su equivalente en el derecho al debido proceso del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, también, en los artículos 47 a 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativos al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

Para cerrar el círculo, el artículo 53 de la Carta mencionada, determina el nivel de protección de los derechos reenviando a los distintos estándares derivados del Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las constituciones de

los Estados miembros de la UE para impedir que la Carta limite o lesione los derechos reconocidos en todos estos textos, los cuales, reenvían también entre sí, reclamando la aplicación de los niveles de protección más elevados.

Con ello, se ha formado un verdadero sistema europeo de Derechos fundamentales, formado por la conjunción de tres ordenamientos: El nacional, el de la Unión Europea y el del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que deben ser interpretados y aplicados a partir de los reenvíos que entre ellos existen y teniendo también en cuenta la posición que en la propia Constitución española tienen las regulaciones de la UE y del Consejo de Europa, interpretado todo ello, en forma coherente y sistemática, de conformidad con la jurisprudencia emanada de los altos tribunales que constituyen los órganos máximos de garantía para los derechos en los tres subsistemas que componen el europeo.

La posición de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nuestro sistema jurídico deriva del artículo 10.2 de la Constitución. Éste dispone que las normas relativas a los derechos constitucionalmente reconocidos se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados o convenios internacionales sobre tales materias ratificados por España. En aplicación de este artículo 10.2 CE, el Tribunal Constitucional considera que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por España son normas de necesaria utilización para obtener el «perfil exacto» (ello es así desde el Asunto elecciones al Parlamento Europeo, STC 28/1991, de 14 de febrero) y el «contenido y alcance» (también desde el Asunto Olaverri, STC 254/1993, de 20 de julio, contra el Gobierno Civil de Guipúzcoa) de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Respecto del derecho al debido proceso, regulado por el artículo 24 CE, el 6 CEDH y los artículos 47 a 50 CDFUE, es necesario recordar que la mayor parte de las sentencias del TC sobre este derecho se han fundamentado en la jurisprudencia del TEDH sobre su homólogo en el CEDH. Y lo mismo sucede respecto de la recepción de la jurisprudencia de Estrasburgo por parte de los Tribunales Constitucionales y Tribunales Supremos (en ejercicio del control de constitucionalidad y garantías procesales) de prácticamente toda Europa. La Comisión de Venecia ha realizado un ingente trabajo al respecto, facilitando reuniones conjuntas entre todos ellos, que han permitido constatar el avance de la integración europea sobre cómo armonizar en Europa las garantías del debido proceso (la Colección *Science et technique* de las Ediciones del Consejo de Europa contiene varios ejemplares sobre *The right to a fair trial* o *Le droit à un procès équitable*, según la versión inglesa o francesa que se contemple).

Sin embargo, la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales UE y el otorgamiento de valor de tratado a sus disposiciones ha originado que la Unión Europea haya desplegado con más intensidad el tímido, hasta entonces, espacio de cooperación judicial entre los Estados miembros, que no iba hasta hace muy poco tiempo más allá del reconocimiento de resoluciones judiciales civiles y penales entre Estados miembros, trabajosamente hecho efectivo en los casos concretos, por la falta de concreción que tenían los Tratados al respecto. Pero el Tratado de Lisboa, regulando estos ámbitos de cooperación judicial y, con el otorgamiento de valor jurídico de Tratado a la CDFUE ha cambiado radicalmente la naturaleza de todo ello, sobre todo tras la adopción del Programa de Estocolmo, estableciendo un programa que comprendía, para el período 2010-2014, el establecimiento de las siguientes medidas:

- elaborar instrumentos que garanticen la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en todas las fases del proceso penal;
- aproximar el Derecho procesal y material de los distintos Estados miembros cuando sea necesario para aumentar la confianza mutua y favorecer el reconocimiento mutuo;
- definir unas normas mínimas comunes que garanticen un juicio justo en toda la UE;
- reforzar y apoyar el desarrollo de organismos e instrumentos de cooperación judicial como EUROJUST y la Red Judicial Europea en materia penal;
- aumentar la confianza mutua entre los sistemas judiciales nacionales de la UE potenciando la creación de una cultura judicial europea mediante la formación de los juristas y la creación de redes entre ellos;
- supervisar la aplicación de las disposiciones legales ya adoptadas por la UE;
- tener en cuenta los aspectos externos de la cooperación judicial en la UE (como la negociación de acuerdos con países no pertenecientes a la Unión o la evaluación de los sistemas judiciales de los países que solicitan o consideran la posibilidad de solicitar la adhesión a la Unión Europea).

A partir de ahí, la Unión Europea ha puesto en marcha una batería de normas y acciones que toman como base lo establecido anteriormente en sendos convenios y acuerdos internacionales interestatales así como las garantías que se han venido estableciendo a partir de la integración de la interpretación de la jurisprudencia de Estrasburgo en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE. En concreto:

La UE ha adoptado diversos instrumentos legislativos con arreglo al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Ello resulta de ex-

trema importancia en una organización federativa, como es la UE, basada en el principio de libre circulación de personas, servicios y capitales, que se ha concretado en el derecho a la libre circulación en la propia CDFUE. Por ello resulta imprescindible que, cuando las personas pueden circular libremente en un territorio en el cual anteriormente las fronteras establecían ordenamientos jurídicos estancos que obligaban, en cuanto a la persecución de delincuentes, por ejemplo, a pedir su extradición para ser juzgados en el Estado de comisión del delito cuando se hubieran trasladado a otro Estado, contar con instrumentos jurídicos que simplifiquen los procedimientos de colaboración jurisdiccional.

Podemos resaltar, al respecto, una serie de instrumentos legislativos de la Unión que no necesitan ser transpuestos en los Estados miembros, así como una serie de directivas que sí han necesitado tal transposición.

Los principales instrumentos legislativos que, al ser de aplicación directa, no necesitan de transposición interna y que deben ser utilizados con total normalidad por los Estados miembros de la UE, en materia de cooperación judicial se basan en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales derivado de los ordenamientos jurídicos democráticos vigentes en los Estados miembros, que respetan, mediante la evolución que han ido experimentando en las últimas décadas, las garantías del proceso equitativo, proceso debido o tutela judicial efectiva, según se les denomine en los distintos sistemas jurídicos. Son los siguientes:

- La orden europea de detención y entrega, llamada también euroorden, establecida por la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Se trata de una solicitud presentada por una autoridad judicial de un país de la UE para que se detenga a una persona en otro y se la entregue para su procesamiento, o para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad dictadas en el primer país. El mecanismo se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Es operativa en todos los países de la UE. Funciona, desde 2014, mediante contactos directos entre las autoridades judiciales. Al aplicar la orden, las autoridades han de respetar los derechos procesales de los sospechosos o acusados –como el derecho a la información y a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del país en que sean detenidos–.

- El exhorto europeo de obtención de pruebas, destinado a que los países de la UE cooperen de manera eficaz para la obtención de pruebas destinadas a los procesos penales. Se creó con la Decisión marco 2008/978/JHA del 18 de

diciembre de 2008 y ahora está subsumido en la Directiva que regula la orden europea de investigación.

– El embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, regulado en la 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. Establece las normas en virtud de las cuales un Estado miembro debe reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal.

– Las resoluciones de decomiso, reguladas en la Decisión Marco del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, que se completa con varias normas y con la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Tiene como objetivo el establecimiento, como regla general, de que, si un delito se castiga con una pena privativa de libertad de duración máxima superior a un año, la legislación nacional debe permitir el decomiso de los productos del delito.

– El intercambio de información sobre registro de penados/condenas, o sistema ECRIS (Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales) se creó en abril de 2012 para facilitar el intercambio de información sobre antecedentes penales en toda la UE. Crea interconexiones electrónicas entre los Estados miembros y establece normas para garantizar que la información sobre las condenas penales contenida en el sistema de antecedentes penales de los Estados miembros pueda intercambiarse a través de formatos electrónicos normalizados, de manera uniforme y rápida y dentro de plazos jurídicos cortos. Están en estudio sendas propuestas de directiva y reglamento dirigidas a mejorar las previsiones legislativas al respecto.

– Medidas previas y posteriores al juicio, concretadas en la 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. Se parte del principio de que los presos tienen más probabilidades de ser rehabilitados si pueden cumplir condena en su país de origen.

– Reconocimiento mutuo de medidas de protección, que se concretan en la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (OEP) y el Re-

glamento (UE) n.º 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Ambos tienen como objeto la protección eficaz de las víctimas, especialmente de acoso y de violencia de género.

– Reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, regulado en la 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. Con ello se permite que las autoridades judiciales y administrativas las transfieran de forma directa a una autoridad de otro Estado miembro de la UE y que dichas sanciones sean reconocidas y ejecutadas sin más trámites.

Además, se han adoptado directivas que desarrollan unas normas mínimas comunes para garantizar el derecho a un juicio justo. Son las siguientes:

– 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, dirigida a garantizar una asistencia lingüística gratuita y adecuada, que permita a los sospechosos o acusados que no hablen o no entiendan la lengua del proceso penal el pleno ejercicio del derecho a la defensa y que salvaguarde la equidad del proceso.

– Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 sobre el derecho a la información en los procesos penales, por la que se establecen normas mínimas respecto a la información sobre los derechos de las personas sospechosas o acusadas.

– 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.

– Directiva (UE) 2016/343, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Los derechos regulados en la Directiva deben aplicarse en cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal. No se aplican a otro tipo de procesos.

Todo este elenco normativo es objeto de estudio en este monográfico, a cargo de destacados especialistas en la materia. Dado que se trata de la implementación, ya sea mediante transposición o aplicación directa de normas de ámbito de la UE nos ha parecido importante, como coordinadores de la obra,

■ GARANTÍAS DEL PROCESO DEBIDO Y UNIÓN EUROPEA. IMPLICACIONES...

realizar también una aproximación a cómo se ha transpuesto/implementado todo ello en diversos países de nuestro entorno.

Agradecemos, pues, a los autores de los trabajos que pongan a nuestra disposición su saber y experiencia al respecto y, como no, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en la persona de su Directora, Prof. Dra. Yolanda Gómez, que haya impulsado su realización.

TERESA FREIXES
Catedrática de Derecho Constitucional
Catedrática Jean Monnet ad personam.

I

EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA, COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL Y GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO PENAL

JOSÉ CARLOS REMOTTI
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El inicio de la cooperación en materia de seguridad y justicia en la UE. Una cooperación informal sin el amparo de los tratados fundacionales.*—III. *Un salto adelante. Fórmulas de cooperación reforzada: el acuerdo y el convenio de Schengen y la convención de Dublín.*—IV. *La formación del tercer pilar.* 4.1. El Tratado de Maastricht. 4.2. Tratado de Ámsterdam. 4.3. El Programa de Tampere.—V. *Los atentados de 2001 y el vuelco en materia de seguridad y justicia.* 5.1. Las Decisiones Marco 2002/475/JAI y 2002/584/JAI. 5.2. El Tratado de Prüm y la posterior integración de sus contenidos al acervo comunitario. 5.3. El Programa de La Haya.—VI. *El Tratado de Lisboa y el establecimiento de las bases para el equilibrio entre las medidas de cooperación policial y judicial y los derechos fundamentales.* 6.1. La Decisión Marco 2009/299/JAI. 6.2. La Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009. 6.3. El programa de Estocolmo.—VII. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Muchos de los recientes cambios producidos en la legislación procesal penal introduciendo mayores garantías a los ciudadanos que siendo sospechosos o procesados se encuentran ante a la actuación de los cuerpos policiales o de las autoridades fiscales o judiciales, se han producido en cumplimiento de sendas Directivas de la Unión Europea (UE)¹, que han su vez han sido transpuestas al ordenamiento interno en especial por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así ha sido, por ejemplo, en materia de derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; al derecho a la información en los procesos penales; el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Ahora bien, llegar a este punto en el que la UE ha asumido competencias en materias tales como garantías procesales, es el resultado de todo un proceso largo, lento, complejo y progresivo, con marchas y contra marchas, que tiene como eje vertebrador a la formación del espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la cooperación policial y judicial son indispensables, y ambas requieren de la confianza mutua en las instituciones y procedimientos de los demás Estados miembros. Ello obliga a proceder a la convergencia de técnicas, procedimientos, prácticas, garantías, definiciones, legislaciones a fin de que los jueces de un Estado reconozcan como válidas

¹ Tal es el caso de las siguientes directivas que ya han sido transpuestas al ordenamiento jurídico interno o están en proceso de serlo:

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.

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.

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.

Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

y ejecuten las resoluciones y sentencias emitidas por los demás Estados miembros.

Es por ello que es especialmente importante analizar el complejo camino seguido por la Unión Europea a lo largo de todos estos años, lo que nos permitirá entender por qué y cómo la UE ha llegado a tener competencias en materia de debido proceso, derecho de defensa y derechos fundamentales del proceso, cuando en principio carecía de ellas; y ello, a su vez, nos permitirá, también, apreciar cual es la amplitud y magnitud de los cambios producidos en su seno en este largo transitar en su configuración desde una Comunidad Económica a una Comunidad de Derecho² basada en «*los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos*» (art. 2 del Tratado de la Unión Europea –en adelante, también, TUE–).

En efecto, si bien los orígenes de la Unión Europea (UE) estuvieron centrados en la formación de un mercado común y por tanto sus actuaciones giraron básicamente sobre aspectos económicos-comerciales (aranceles, libre circulación de bienes, capitales y mercancías, la restricción de monopolios, etc.)³, en la actualidad la UE ha evolucionado y sumado a tales aspectos económicos otros objetivos prioritarios con el objeto de crear un espacio Europeo donde las personas puedan circular, establecerse, residir y trabajar con plena libertad en cualquier parte de la Unión (art. 3.2, primera parte TUE)⁴. La paulatina creación y desarrollo de este gran espacio de libertad, viene siendo una tarea sumamente compleja ya que requiere, necesariamente, materializar unas mínimas condiciones de seguridad (entendida en sentido integral)⁵, así como de colaboración judicial (por ejemplo en lo que respecta al reconocimiento, y

² Fue el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que (como Tribunal de Justicia de la antigua Comunidad Económica Europea), en la conocida sentencia del caso «*Partido Ecologista Los Verdes*», señaló a dicha Comunidad Económica Europea como «*una comunidad de derecho*» (STJUE al caso del «*Partido Ecologista Los Verdes*» (Asunto 294/1983), de 23 de abril de 1986, FJ 23. Ver a este respecto, REMOTTI, José Carlos. «Sistema jurídico e integración constitucional multinivel», en G. Mayos, J. C. Remotti y Y. Moyano (Coords.), *Interrelación filosófico-jurídica multinivel. Estudios desde la interconstitucionalidad, la interculturalidad y la interdisciplinariedad para un mundo global*, Ed. Linkgua, Barcelona, 2016, p. 121.

³ Ver al respecto REMOTTI, José Carlos. *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos prevista en la Constitución española de 1978*, Colex, Madrid, 1999, pp. 67 y ss.

⁴ Ver REMOTTI, José Carlos «La estrategia común europea contra el terrorismo», en T. Freixes, J. C. Remotti, D. Marrani, J. Bombin, L. Vanin-Verna. *La gouvernance multi-level: penser l'enchevêtrement*, dentro de la colección «De Lege Ferenda», E. M. E. (Editions Modulaires Européennes), Bruselles, 2012, p. 153. Cabe subrayarse que dicho trabajo constituyó, en su momento, una primera aproximación parcial al tema.

⁵ La seguridad no solo debe ser entendida en sentido restrictivo limitada al ámbito de policía (preventiva, investigativa, judicial, represiva, información e inteligencia) sino que la seguridad se debe abordar en un sentido integral que permita abordar los riesgos actuales de las sociedades del siglo XXI en el sentido

aceptación por los jueces de los distintos países miembros de las resoluciones y sentencias emitidas por un juez de cualquiera de ellos), ya que la libertad, la seguridad y la justicia se encuentran íntimamente entrelazadas por cuanto dicha libertad también puede ser utilizada por delincuentes y grupos criminales para cometer sus delitos, así como para huir y ocultarse en cualquiera de los países miembros de la UE puesto que desaparecen las fronteras interiores o posibilitando también que puedan esconder el resultado de sus actividades delictivas o beneficiarse de ellos. De esta forma, para poder garantizar el pleno ejercicio de la libertad es necesario potenciar las medidas de cooperación en materia de seguridad y justicia. Así, se trata de trabajar para conseguir que en ese espacio de libertad se pueda hacer frente de manera efectiva a la delincuencia cuyos hechos, naturaleza o consecuencias y efectos excedan el marco territorial de uno de los Estados o que puedan afectar la consecución y materialización de los valores, fines y objetivos de la Unión (arts. 2 y 3 TUE)⁶. Pero, lo verdaderamente novedoso de este intento lo encontramos en que se pretende hacer efectiva no solo la lucha contra las formas agravadas de criminalidad tales como, por ejemplo, la delincuencia transnacional, el terrorismo y la delincuencia organizada entre otras, sino también que ello, y esto es lo verdaderamente relevante a los efectos de este trabajo conjunto, se realice garantizando que los procedimientos a seguir contra los detenidos, procesados y demás investigados se desarrollen en todos los países de la Unión dentro del respeto a los derechos fundamentales y de las reglas del debido proceso y respetando los derechos de las víctimas. Ello no significa que antes no fuera así, sino que como resultado de una lenta y progresiva evolución ello ya no debe ser entendido como un requerimiento interno de cada uno de los Estados, sino que debe ser abordado como un trabajo conjunto en el cual la Unión Europea asume un liderazgo tal como se aprecia de las directivas que son objeto de estudio en el presente trabajo monográfico. A este respecto es necesario remarcar que las garantías procesales resultan aplicables en el dere-

amplio en la línea señalada por Beck, como por ejemplo los riesgos alimentarios, sanitarios, medio ambientales, industriales, tecnológicos, nucleares, entre otros muchos. Ver a este respecto, Beck, Ulrich *La Sociedad del riesgo global*. Ed. Siglo Veintiuno Madrid, 2006.

⁶ Ver a este respecto las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere desarrollado el 15 y 16 de octubre de 1999 en el cual se establecía que: «*Las personas tienen derecho a esperar que la Unión afronte la amenaza que para su libertad y sus derechos civiles constituye la delincuencia. Para contrarrestar esta amenaza se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito*». Conclusión núm. 6.

cho interno sancionador, en especial de naturaleza penal. Ello se justifica en que, entre otros motivos, para que pueda darse el reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales propio de un espacio común debe haber una previa confianza mutua entre los distintos sistemas judiciales y la convicción de cada uno de ellos de que los demás países disponen de un nivel de garantías equivalentes. Por ello, la UE asume tal función de liderazgo a fin de ir configurando progresivamente un estándar mínimo común aplicable a los estados miembros que garantice el adecuado funcionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia⁷.

Así, las directivas analizadas en el presente colectivo contribuyen a la construcción y consolidación de dicho espacio conforme a lo señalado, como lo veremos posteriormente, en el Programa de Estocolmo el cual a su vez desarrolla lo previsto en la segunda parte del art. 3.2 TUE que establece como finalidad de la Unión el configurar un espacio de libertad, seguridad y justicia «en donde estableciendo un standard común europeo que siendo respetuoso con los derechos fundamentales regule unas mínimas condiciones comunes en materia, por ejemplo, de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia»⁸.

II. EL INICIO DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UE. UNA COOPERACIÓN INFORMAL SIN EL AMPARO DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES

El primer paso, o antecedente, hacia la formación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea lo encontramos en el denominado grupo de Trevi, creado por el Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno celebrado en Roma, en 1975, como grupo de trabajo (o de cooperación) intergubernamental en el que participarían los ministros de justicia e interior y que comenzó sus actuaciones en 1976, con el objeto inicial de coordinar las actuaciones de los distintos Estados en la lucha contra el terrorismo, ampliado posteriormente a establecer ciertos canales de cooperación policial⁹. Hasta ese momento, y como ya lo indiqué en trabajos anteriores, las

⁷ Ver a este respecto, entre otras lo dispuesto en 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. Considerandos 1, 3, 4, 16, 20 a 23.

⁸ Ver REMOTTI, José Carlos. «La estrategia común europea contra el terrorismo», en ob. cit., p. 153.

⁹ ELSEN, Charles. «Les mecanismes institutionnels: Trevi, Shengen, Dublin, Maastricht» en Pauly, Alexis (dir.). *Shengen en Panne*. Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1994, pp. 43 y 44.

instituciones europeas consideraban al terrorismo como un asunto de naturaleza interna de cada uno de los Estados que debían combatir de manera aislada o como mucho bilateralmente, pero que no correspondía a tales instituciones adoptar medidas para hacerle frente puesto que ello escaparía de su ámbito competencial y la alejaría de su objetivo de configurar el ya mencionado mercado común¹⁰. En el ya mencionado Consejo Europeo de 1975 se produce un viraje a esta política por cuanto se toma conciencia de que el terrorismo es un «grave atentado contra la libertad y estabilidad del mercado europeo y por tanto que afectaba directamente, y en sentido negativo, a la consecución de los fines y objetivos comunitarios, asumiendo, por tanto, que la UE (todavía CEE) debía cambiar la forma de entender al terrorismo e iniciar a actuar de manera directa en su contra»¹¹. Así, y «de manera progresiva, las instituciones comunitarias fueron tomando acuerdos y resoluciones que, basados en acuerdos políticos y sin contar todavía con el amparo normativo de los Tratados fundacionales, les permitían desarrollar progresivamente actuaciones contra el terrorismo»¹². En este sentido, los Acuerdos del Grupo de Trevi fueron los primeros de ellos.

A continuación, se sucedieron una serie de resoluciones y acuerdos que daban cierto amparo jurídico a las actuaciones que se iban tomando contra el terrorismo. Así por ejemplo encontramos a la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 1977 en la que se invita a los Gobiernos y parlamentos de los Estados comunitarios a que ratifiquen sin retardo la Convención europea sobre la represión del terrorismo¹³. Otro ejemplo es el Acuerdo de la Reunión monográfica de carácter informal de los Ministros del interior de los países comunitarios sobre la lucha contra el terrorismo de 31 de mayo de 1977 en el que expresan, entre otras cosas, su condena al terrorismo al considerarlo como un crimen, sin importar cual fuera el motivo de inspiración, y que por tanto debía ser tratado como tal y, a este respecto, hacen referencia a la necesidad de fortalecer y aumentar los mecanismos de cooperación y de intercambio de informaciones sobre las actividades terroristas y de las técnicas que han de adaptarse para hacer frente a los actos graves de terrorismo¹⁴. También lo es la

¹⁰ Ver REMOTTI, José Carlos. «La estrategia común europea contra el terrorismo». ob. cit. p. 155. También ver a este respecto Remotti Carbonell, José Carlos. Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos. *op.cit.* p. 71, 72 y ss.

¹¹ *Idem.* Ver también ELSEN, Charles. «Les mecanismes institutionnels: Trevi, Schengen, Dublín, Maastricht» en ob. cit., pp. 50 y 51.

¹² REMOTTI, José Carlos. «La estrategia común europea contra el terrorismo». *op.cit.* p. 155.

¹³ Ver «Parlamento Europeo». En *Boletín de las Comunidades Europeas*, núm 1-1977, p. 64.

¹⁴ Ver «Cuestiones institucionales y políticas». En *Boletín de las Comunidades Europeas*, núm. 5-1977, pp. 84 y 85.

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de noviembre de 1977 en la que, entre otras cosas, se invitaba a la Comisión Europea a organizar conferencias especiales con miras a mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales a las que pedía la adopción de medidas que aseguren la aplicación efectiva de los acuerdos en materia de lucha contra el terrorismo¹⁵. En la misma línea se encuentra el Acuerdo del Consejo Europeo de 7 y 8 de abril de 1978 en el que se convenía conceder una elevada prioridad a los esfuerzos para intensificar la cooperación entre los países comunitarios para defenderse de la violencia terrorista creando un espacio jurídico europeo¹⁶. Para ello se decidió solicitar a los Ministros competentes que presentaran lo más rápidamente posible unas conclusiones relativas a la posibilidad de establecer un espacio jurídico europeo que, en principio, estaría circunscrito al ámbito judicial (extradiciones, por ejemplo) y que sería ampliado progresivamente al campo policial y legislativo, permitiendo la investigación y sanción de los responsables por la comisión de tales delitos en todo el territorio incluido en el territorio comunitario, siendo uno de los primeros antecedentes del actual espacio de libertad, seguridad y justicia. Por último mencionaremos a la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1978 en la cual se decidió fortalecer la colaboración a nivel europeo en la lucha contra el terrorismo configurando una red eficaz, rápida y segura¹⁷.

III. UN SALTO ADELANTE. FÓRMULAS DE COOPERACIÓN REFORZADA¹⁸: EL ACUERDO Y EL CONVENIO DE SCHENGEN Y LA CONVENCION DE DUBLÍN

Esta dinámica de actuación se mantuvo hasta 1985. En ese año se da un gran salto cualitativo con la adopción del Acuerdo de Schengen (en adelante, también, ASC), a través del cual Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los

¹⁵ Ver «Parlamento Europeo». En *Boletín de las Comunidades Europeas*, núm. 11-1977, p. 79.

¹⁶ Ver «Desarrollo institucional y política europea». En *Boletín de las Comunidades Europeas*, núm. 4-1978, pp. 88 y 89.

¹⁷ Ver a este respecto «Parlamento europeo», En *Boletín de las Comunidades Europeas*, núm. 4, 1978, pp. 93 y 94»

¹⁸ La cooperación reforzada es una vía que permite a un grupo de Estados miembros (en la actualidad un mínimo de 9) puedan desarrollar conjuntamente unos objetivos, programas o líneas de actuación sin tener que contar con la totalidad de miembros de la UE. Se evita así, que un país o un reducido grupo de ellos pueda paralizar la iniciativa. De esta forma, la cooperación reforzada permite a los Estados que sí quieren seguir con el programa que puedan materializarlo (art. 20 TUE y 326 a 334 TFUE)

Países Bajos, acordaron crear entre ellos, un territorio sin fronteras interiores¹⁹. A partir de la puesta en marcha de este acuerdo inicial, se elaboró posteriormente el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (también, en adelante, Convenio de Schengen o CSc), que vino a desarrollar y completar el Acuerdo definiendo requisitos, condiciones, procedimientos, garantías y otras medidas que hicieran viable la libre circulación, entre ellos. Dicho Convenio de Schengen fue firmado en junio de 1990 por los mismos Estados miembros, y al cual se fueron incorporando sucesivamente distintos Estados²⁰. El Convenio no entraría en vigor hasta marzo de 1995 y, en la actualidad, su contenido se encuentra integrado en los tratados de la Unión Europea, primero como cooperación reforzada a través del Protocolo al Tratado de Ámsterdam, «*por el que se integró el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea*» a fin de que fuera directamente aplicable a los entonces 13 países que lo habían ratificado²¹ y actualmente por el Protocolo 19 a los tratados que conforman el

¹⁹ Su denominación oficial es: Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985.

²⁰ A los Estados que inicialmente suscribieron el Acuerdo y el Convenio Schengen se unirían posteriormente: Italia en 1990, España y Portugal en 1991. Grecia lo hizo en 1992, Austria en 1995, Dinamarca, Suecia, Finlandia en 1996. Por su parte Chipre, República Checa, República Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia en 2004, así como Bulgaria y Rumanía (2007). Por su parte, el espacio Schengen también es aplicable de acuerdo a convenios suscritos a Islandia, Noruega y Suiza, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y la Ciudad del Vaticano.

²¹ El artículo 2 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco del Tratado de Ámsterdam establecía que:

1. A partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acervo de Schengen, incluidas las decisiones que haya adoptado hasta la fecha el Comité ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen, será inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros a que se refiere el artículo 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo. A partir de la misma fecha, el Consejo sustituirá a dicho Comité ejecutivo.

El Consejo adoptará, por unanimidad de los miembros a que se refiere el artículo 1, cualquier medida que resulte necesaria para la ejecución del presente apartado. El Consejo determinará, por unanimidad y conforme a las disposiciones pertinentes de los Tratados, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyan el acervo Schengen.

Con respecto a dichas disposiciones y decisiones y de acuerdo con la mencionada determinación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los Tratados. En todo caso, el Tribunal de Justicia no tendrá competencia alguna sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento de la ley y el orden público, así como a la salvaguarda de la seguridad interior.

En tanto no se adopten las medidas mencionadas y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, las disposiciones o decisiones que integran el acervo de Schengen se considerarán actos basados en el título VI del Tratado de la Unión Europea.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 será aplicable a los Estados miembros que hayan firmado Protocolos de adhesión a los acuerdos de Schengen a partir de las fechas que el Consejo decida por unanimidad de los miembros a que se refiere el artículo 1, a menos que los requisitos para la adhesión de cualquiera de estos Estados al acervo de Schengen se cumplan antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

Tratado de Lisboa (Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), de 2009 sobre el acervo de Schengen por el que se reiteró su integración en el sistema normativo de la Unión Europea²² a la vez que se permitió que los estados pudieran establecer nuevas fórmulas de cooperación.

En el inicial Acuerdo Schengen se adoptaron una serie de medidas de cooperación policial y judicial²³ junto a la creación del denominado espacio Schengen en el que, como ya hemos señalado, se acordó iniciar el proceso para suprimir los controles interiores fronterizos entre ellos asumiendo, a su vez, la responsabilidad del control de las fronteras exteriores frente a terceros países²⁴. Para ello se acuerda no solo reforzar «*la cooperación entre sus autoridades aduaneras y policiales, en especial en la lucha contra la criminalidad, y sobre todo contra el tráfico ilícito de estupefacientes y armas, contra la entra-*

²² El artículo 2 del Protocolo 19 a los tratados que componen el Tratado de Lisboa establece que:

«*El acervo de Schengen se aplicará a los Estados miembros a que se refiere el artículo 1, sin perjuicio del artículo 3 del Acta de adhesión de 16 de abril de 2003 y del artículo 4 del Acta de adhesión de 25 de abril de 2005. El Consejo sustituirá al Comité Ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen.*».

²³ En este Acuerdo inicial de Schengen (el ya mencionado «Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985») se establecía:

A) En materia de cooperación policial y judicial:

Artículo 18.

Las partes entablarán discusiones, en especial sobre las cuestiones que se indican a continuación, teniendo en cuenta los resultados de las medidas a corto plazo:

a) elaboración de acuerdos relativos a la cooperación policial en materia de prevención de la delincuencia y sobre la investigación.

b) examen de las posibles dificultades en la aplicación de los acuerdos de asistencia judicial internacional y de extradición, para llegar a las soluciones más idóneas con el fin de mejorar la cooperación entre las partes en estos ámbitos.

c) búsqueda de medios que permitan combatir en común la criminalidad, entre otros, mediante el estudio de la eventual ordenación de un derecho de persecución policial, que tenga en cuenta los medios de comunicación existentes y la asistencia judicial internacional.

B) Y, en materia de armonización legislativa:

Artículo 19.

Las partes intentarán armonizar las legislaciones y normas reglamentarias, en especial:

– En materia de estupefacientes.

– En materia de armas y explosivos.

– En lo relativo a la declaración de los viajeros en los hoteles.

²⁴ A este respecto, resulta muy ilustrador lo establecido en el Preámbulo de dicho Acuerdo de Schengen, sobre todo cuando expresa que:

«*CONSCIENTES de que la unión, cada vez más estrecha, entre los pueblos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas debe plasmarse en el libre paso de las fronteras interiores para todos los nacionales de los Estados miembros y en la libre circulación de mercancías y servicios,*

da y la estancia irregulares de personas y contra el fraude fiscal y aduanero y el contrabando» (art. 9 ASc) sino también que buscarán «*suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas» para lo cual procederán a «armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles...»* (art. 17 ASc).

Ahora bien, con el objeto de articular y poner en marcha las previsiones establecidas en el Acuerdo, en el posterior Convenio de Schengen se adoptaron una serie de medidas de cooperación policial y judicial que permitirían la puesta en práctica de la libre circulación de personas. Estas medidas abarcan materias de distinta naturaleza. Así encontramos medidas relativas a controles en las fronteras interiores y de circulación de personas, de visados y las reglas para la circulación de los extranjeros, los permisos de residencia, compromisos en relación a las solicitudes de asilo, extradiciones, transmisión de sentencias judiciales, tráfico de drogas y de armas. Entre todas ellas destacaremos tres ámbitos especialmente relevantes a los efectos de este trabajo.

El primero de ellos está referido al ámbito de la cooperación policial en el que se adoptaron una serie de medidas tales como que se autorizó a los cuerpos policiales a continuar en el territorio de otro Estado parte la vigilancia, que, en el marco de una investigación judicial, estén realizando de una persona que «*presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición»* (art. 40 CSc). Así mismo, se autorizó a los cuerpos policiales a que en casos de urgencia puedan continuar la persecución en el territorio de otro Estado parte, de una «*persona hallada en flagrante delito de comisión de infracciones»* previstas en el apartado 4 del art. 41 CSc²⁵, que huye a él, sin necesidad de contar con autorización previa de parte de las autoridades

DESEOSOS de reforzar la solidaridad entre sus pueblos, eliminando los obstáculos para la libre circulación en las fronteras comunes entre los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa,

CONSIDERANDO los progresos ya realizados en el seno de las Comunidades Europeas con el fin de garantizar la libre circulación de las personas, mercancías y servicios,

ANIMADOS por la voluntad de conseguir la supresión de controles en las fronteras comunes para la circulación de los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas y de facilitar en ellas la circulación de mercancías y servicios»,

²⁵ Se refiere a los siguientes delitos previstos en el artículo 41.4.a CSc: «*Asesinato; homicidio; violación; incendio provocado; falsificación de moneda; robo y encubrimiento con ánimo de lucro o recepción; extorsión; secuestro y toma de rehenes; tráfico de seres humanos; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos; destrucción con explosivos; transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; delito de fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves».*

locales (art. 41 CSc). Además, se estableció que los cuerpos de policía *«respetando la legislación nacional y dentro de los límites de sus competencias»*, colaboren entre sí y *«se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos, siempre que el Derecho nacional no reserve la solicitud a las autoridades judiciales y que la solicitud misma o su ejecución no supongan la aplicación de medidas coactivas por la Parte contratante requerida»* (art. 39 CSc). También se dispuso que todas las empresas dedicadas al hospedaje sean hoteles, hostales, campings, así como caravanas, tiendas de campaña, barcos, y semejantes comprueben la identidad de sus huéspedes con la presentación de un documento de identidad vigente y que las fichas sean transmitidas a las autoridades competentes para *«prevenir peligros, para perseguir delitos o para dilucidar el paradero de personas desaparecidas o víctimas de accidentes»* (art. 45 CSc), datos que podrían ser transmitidos a las autoridades de los Estados parte si así lo solicitaran en el marco de investigaciones judiciales. Por último, se estableció la posibilidad de que cada uno de los Estados parte pudieran transmitir a otro Estado parte, sin necesidad de haber recibido una solicitud previa, informaciones que le pudieran servir para *«prevenir infracciones, o peligros para el orden o la seguridad ciudadana o reprimir infracciones»* (art. 46 CSc).

El segundo de los ámbitos que destacaremos estaba referido a la cooperación judicial con el objeto de permitir la prestación de asistencia judicial, además de en los casos previstos por el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1962²⁶ en casos tales como que se tratara de hechos consistentes en una infracción administrativa pero que puedan ser origen de un proceso jurisdiccional, en especial, de naturaleza penal (art. 49.a CSc). Así también, la asistencia judicial alcanzaría a los casos en los que se tratara de procedimientos que busquen una indemnización por *«medidas de instrucción o condenas injustificadas»* (art. 49.b CSc), así como a los procedimientos destinados a obtener indultos u otras medidas de gracia (art. 49.c CSc) o de *«acciones civiles conexas a las acciones penales, mientras el órgano jurisdiccional penal aún no se haya pronunciado definitivamente sobre la acción penal»* (art. 49.d CSc). La asistencia judicial también alcanzaría para la *«notificación de comunicaciones judiciales relativas a la ejecución de una pena o medida de*

²⁶ El artículo 48 CSc señalaba que las medidas establecidas por el Convenio de Schengen en el ámbito de la cooperación y asistencia judicial tenían por objeto *«complementar lo establecido en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, así como, en lo que respecta a las relaciones entre las Partes Contratantes miembros de la Unión Económica Benelux, el capítulo II del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 y facilitar la aplicación de dichos acuerdos»*.

seguridad, de la percepción de una multa o del pago de las costas procesales» (art. 49.e CSc), como para las *«medidas relativas a la suspensión del veredicto o el aplazamiento de la ejecución de una pena o medida de seguridad, a la puesta en libertad condicional, al aplazamiento de la ejecución o a la interrupción de la ejecución de una pena o medida de seguridad»* (art. 49.f CSc).

El tercero de los ámbitos que destacaremos estaba referido a la creación de un Sistema de Información Schengen (art. 92 CSc), de especial relevancia para la transmisión de datos e informaciones en asuntos de seguridad e interior²⁷. A través de este Sistema de Información todos los Estados parte del Convenio podrán consultar de manera automatizada de las *«descripciones de personas y de objetos al momento de realizar controles de frontera, de policía o de aduanas o expedición de visados realizados dentro de su país»*. Para ello cada Estado miembro crearía un fichero automatizado de datos que deberá tener las mismas entradas en todos los Estados. En su fase inicial, que es la que estamos analizando, dicho fichero debía incluir como máximo, datos personales, tales como (art. 94.3 CSc)²⁸:

- a) *el nombre y los apellidos; en su caso, los alias registrados por separado;*
- b) *los rasgos físicos particulares, objetivos e inalterables;*
- c) *[...];*
- d) *el lugar y la fecha de nacimiento;*
- e) *el sexo;*

²⁷ Posteriormente el Sistema de Información de Schengen ha ampliado su ámbito de actuación e incluye los datos de las personas que hayan participado o fueran sospechosas de haber cometido delitos graves, entre los que se encuentran el terrorismo y la delincuencia organizada entre otros. Actualmente pueden acceder a su base de datos no solo las autoridades competentes de la expedición de visados para poder acceder al área Schengen o las autoridades responsables de los controles fronterizos, sino que también lo pueden efectuar las autoridades responsables de aduanas, como las fuerzas y cuerpos de seguridad. Ver la Decisión 2007/533/JAI relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y el Reglamento 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).

²⁸ Al introducir estos datos al fichero se debe diferenciar si se trata, en su caso, de personas desaparecidas o a las personas que deban ser protegidas (art. 97 CSc), de testigos (art. 98 CSc) o de personas buscadas para su detención a los efectos de extradición

También debería constar deberá constar (art. 95.2 CSc):

- a) La autoridad que pide la detención.
- b) La existencia de una orden de detención o de un documento que tenga la misma fuerza, o de una sentencia ejecutoria.
- c) El carácter y la calificación legal de la infracción.
- d) La descripción de las circunstancias en que se cometió la infracción, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación de la persona mencionada.
- e) En la medida de lo posible, las consecuencias de la infracción.

I. EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD... ■

- f) *la nacionalidad;*
- g) *la indicación de que las personas de que se trate están armadas, son violentas o se han escapado;*
- h) *el motivo de la inscripción;*
- i) *la conducta que debe observarse;*
- j) *en los casos de descripciones relativas a las personas buscadas para su detención a efectos de extradición, el tipo de delito.»*

Otros aspectos relevantes del Convenio de Schengen que podemos destacar en esta temática los encontramos en que permitía a un Estado miembro solicitar de otro que inicie y desarrolle una vigilancia discreta de las personas o vehículos sobre los cuales se les pide información y que los datos obtenidos pudieran ser remitidos al Estado requirente (art. 99.4 CSc)²⁹. Así también se autorizó a que en el fichero automatizado se incorporaran datos sobre objetos que fueran buscados por las fuerzas policiales a los efectos de su incautación o como pruebas en un procedimiento penal (art. 100.3 CSc)³⁰; así como lo dispuesto en el art. 99.5 CSc que autorizó a que las personas, vehículos, embarcaciones, aeronaves, contenedores y objetos transportados podrían ser registrados «con arreglo al Derecho nacional por los cuerpos de policía, de

²⁹ El artículo 99.4 CSc permitía transmitir al Estado miembro solicitante de la información los datos siguientes:

- a) el hecho de haber encontrado a la persona descrita o al vehículo descrito;
- b) el lugar, el momento y el motivo de la comprobación;
- c) el itinerario y el destino del viaje;
- d) las personas que acompañan al interesado o los ocupantes;
- e) el vehículo utilizado;
- f) los objetos transportados;
- g) las circunstancias en que se ha encontrado a la persona o al vehículo

³⁰ Con relación a los objetos el art. 100.3 CSc autorizaba la introducción de datos sobre objetos, que hubieran sido sustraídos; que estuvieran sujetos a una incautación o que se encontraran inmersos como prueba en un procedimiento penal, tales como:

- a) los vehículos de motor de cilindrada superior a 50 cc, las embarcaciones y las aeronaves que hayan sido robados, sustraídos o extraviados;
- b) los remolques de un peso en vacío superior a 750 kg, las caravanas, equipos industriales, motores fuera borda y contenedores que hayan sido robados, sustraídos o extraviados;
- c) las armas de fuego que hayan sido robadas, sustraídas o extraviadas;
- d) los documentos oficiales vírgenes que hayan sido robados, sustraídos o extraviados;
- e) los documentos de identidad expedidos como pasaportes, tarjetas de identidad, permisos de conducción, permisos de residencia y documentos de viaje expedidos que hayan sido robados, sustraídos, extraviados o invalidados;
- f) los certificados de matriculación de vehículos y placas de matrícula de vehículos que hayan sido robados, sustraídos, extraviados o invalidados;
- g) los billetes de banco (billetes registrados);
- h) los valores mobiliarios y medios de pago (tales como cheques, tarjetas de crédito, bonos, valores y acciones) que hayan sido robados, sustraídos o extraviados.

aduanas o de fronteras, para cumplir la finalidad contemplada en el art. 99 apartados 2 (la represión de infracciones penales y para la prevención de amenazas para la seguridad pública) y 3 (amenazas graves para la seguridad interior y exterior del Estado)»³¹.

Como continuación, en este camino sembrando las bases del posterior espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, debemos también hacer referencia a la Convención de Dublín del 15 de junio de 1990, especialmente referida a la cooperación policial en materia de asilo. En ella se determina sobre todo qué Estado es el que debe resolver las solicitudes de asilo, estableciéndose los criterios a tener en cuenta al momento de resolverlas; y, junto a ello, se buscaba establecer un sistema automatizado común que, a partir de las huellas dactilares, permitiera poder identificar y detectar a los extranjeros que presenten una solicitud de asilo en dos o más Estados parte de la Convención. La Convención de Dublín, fue derogada por el Reglamento (conocido como Reglamento Dublin II) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecieron los «*criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país*»; y este a su vez por el Reglamento (conocido como Reglamento Dublin III) núm. 604/2013 de 26 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que «*se modifican los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*». Y, a estos efectos, también cabe destacar el Reglamento n.º 603/2013 relativo a la creación del sistema Eurodac que viene a regular «*el almacenamiento y tratamiento de registros de huellas dactilares de solicitantes de asilo y refugio, así como su transmisión entre los distintos Estados*».

³¹ Por último, es importante resaltar a efectos de este trabajo que, conjuntamente al texto del Convenio de Schengen, se produjo una Declaración Común de los ministros y secretarios de Estado adjunta al mismo Convenio en la que se acordó que los Gobiernos «*iniciarían o proseguirán conversaciones*» relativas a ampliar los supuestos de cooperación policial y judicial, en particular, a los siguientes ámbitos:

- a) «*Mejora y simplificación de la práctica en materia de extradición;*
- b) «*Mejora de la cooperación en materia de persecución de infracciones de tráfico por carretera;*
- c) «*Régimen del reconocimiento recíproco de retirada del permiso de conducción;*
- d) «*Posibilidad de ejecución recíproca de las penas de multa;*
- e) «*Elaboración de normas relativas a la transmisión recíproca de las diligencias penales. Incluida la posibilidad de trasladar al acusado a su país de origen;*
- f) «*Elaboración de normas relativas a la repatriación de menores que hayan sido ilegalmente sustraídos a la autoridad de la persona encargada de ejercer la patria potestad;*
- g) «*Prosecución de la simplificación de los controles en la circulación comercial de mercancías*».

De esta forma, podemos apreciar como, tanto el Acuerdo y el Convenio Schengen, así como la Convención de Dublín, siendo mecanismos de cooperación reforzada en el marco de la Unión Europea (en esa época todavía Comunidad Europea) sirvieron de formas precursoras de colaboración policial, judicial y de información, elementos básicos para la conformación del futuro espacio común de libertad, seguridad y justicia.

IV. LA FORMACIÓN DEL TERCER PILAR

Con el Tratado de Maastricht (1992) se produjo un cambio sustancial en la estructura y funcionamiento de las instituciones europeas. Se dejó atrás la antigua configuración de las Comunidades Europeas y se creó una Unión Europea, la cual estaba basada en tres pilares: El primero que se correspondía con las antiguas Comunidades Europeas especialmente centrado en la formación de un mercado común³²; el segundo, centrado en la conformación de una política exterior y de seguridad común (PESC); y, el tercero dedicado a la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI)³³.

4.1 El Tratado de Maastricht

La tercera gran etapa para la conformación del espacio de libertad, seguridad y justicia se inicia en 1992 con la aprobación del Tratado de la Unión Europea, o de Maastricht (TM), en el cual se reguló el Título VI bajo el nombre de «*cooperación en materias de justicia e interior*», como parte integrante de lo que vino a denominarse como el tercer pilar comunitario en el que se aglutinaban y desarrollaban mínimamente las políticas y acuerdos antes mencionados³⁴. En dicho Tratado (y Título VI) se estableció el art. K en el que se

³² En sus orígenes, lo que en la actualidad es la UE, tuvo como finalidad el desarrollo de lo que posteriormente se denominó el Pilar Comunitario que incluía en esencia a la CEE (la Comunidad Económica Europea), CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), la CEEA (Comunidad Europea de la Energía Atómica o EURATOM) y posteriormente incluyó a la UEM (Unión Económica y Monetaria).

³³ Cabe destacar que, en esas épocas, los acuerdos relativos al primer pilar se adoptaban de conformidad con el pautas y procedimientos legislativos comunitarios. Mientras que los otros dos pilares, referidos respectivamente, a la política exterior y de Seguridad Común (PESC), y a la cooperación en Asuntos de justicia e interior, básicamente estaban sometidos a los procedimientos y a las vías propias de la cooperación intergubernamental.

³⁴ A este respecto ver, entre otros, Llorente Sánchez-Arjona, Mercedes. *Las garantías procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; y, Moreno Catena, Víctor. «El

establecieron determinados mecanismos incipientes de cooperación en los ámbitos de la justicia e interior que permitían mejorar la actuación conjunta en materia de «*prevención y la lucha contra el terrorismo, así como el tráfico de drogas y otras formas consideradas graves de delincuencia internacional*», actuaciones que pasan a ser consideradas como una línea preferente de actuación comunitaria (art. K.1.9 TM). Así también, se crea Europol como vía para canalizar la cooperación policial que permita encontrar mejores fórmulas para la prevención y la lucha contra tales formas delictivas (el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional), ámbitos que pasarían a ser considerados como líneas preferentes en la actuación comunitaria (art. K.1.9 TM).

Cabe destacar, a los efectos de este trabajo, que se en el art. K.2 TM también se dispuso que en el desarrollo de sus actividades la Unión Europea deberá respetar lo dispuesto por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos así como la Convención sobre el Estatuto de los refugiados sin que su aplicación pueda implicar la disminución de «*la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos*».

4.2 Tratado de Ámsterdam

El Tratado de Maastricht fue modificado en 1997 por el Tratado de Ámsterdam (TA) a través del cual se buscaba adecuar a la Unión para la futura ampliación del número de Estados miembros, introduciendo distintos mecanismos que permitieran garantizarle una estructura y un funcionamiento más eficaz y democrático.

En el Tratado de Ámsterdam se modificó la denominación del Título VI pasando a ser de la cooperación policial y judicial en materia penal y se estableció como objetivo de la Unión el ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de lo que se denominó como un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, para lo cual reconoce la necesidad de adoptar medidas de prevención y lucha contra diversas formas de delincuencia (art. K.1 TA)³⁵. Además, como ya se señaló páginas atrás, de conformidad con el primer Pro-

cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas del Tratado de Lisboa». En materiales de la Escuela Judicial, CGPJ, 2013, visto el 22 de octubre de 2017 en: <http://www5.poderjudicial.es/cvcp12-13/CVCP13-02-ES.pdf>

³⁵ Esta situación cambiará en el Tratado de Lisboa en el que la cooperación policial y judicial en materia penal es tan solo una parte del espacio de libertad, seguridad y justicia.

toloco anexo al Tratado de Ámsterdam se integró todo el Acervo Schengen (incluyendo las decisiones que haya adoptado hasta la fecha el Comité ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen), en el marco jurídico de la Unión Europea por lo que a partir de ese momento dicho acervo pasó a ser vinculante para todos los miembros de la Unión y no solo para los estados que participaban de la cooperación reforzada del Convenio Schengen (art. 2.2 del protocolo mencionado), salvo a los países que hubieran expresado expresamente de su decisión de no participar en todo o una parte de él (Irlanda y Reino Unido, –art. 4 del referido protocolo–).

El Tratado de Ámsterdam amplió el ámbito de cooperación policial a los efectos que incluyera no solo cruce de información o aspectos formativos al objeto que todos los cuerpos de policía pudieran tener una base común, sino también aspectos operativos en materia de prevención, ubicación e investigación de los hechos delictivos que pudieran realizarse. Así se dispuso, que (art. K.2 TA):

«a) la cooperación operativa entre las autoridades competentes incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas, en relación con la prevención, localización e investigación de hechos delictivos;

b) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente, en particular mediante Europol, incluida la correspondiente a informes sobre operaciones financieras sospechosas que obre en poder de servicios con funciones coercitivas, con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales;

c) la cooperación e iniciativas conjuntas en la formación, el intercambio de funcionarios de enlace, las comisiones de servicio, el uso de equipos y la investigación científica policial;

d) la evaluación común de técnicas especiales de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.»

En dicho artículo K.2 se estableció también que el Consejo fomente la cooperación mediante Europol al objeto que *«facilite y apoye la preparación y estimule la coordinación y ejecución de acciones específicas de investigación por las autoridades competentes»* pero que estas acciones también incluyan a *«las actividades operativas de equipos conjuntos que incluyan represen-*

tantes de Europol en calidad de apoyo» y, en particular, en un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam³⁶.

Por su parte el Tratado de Ámsterdam estableció, también, que la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal debería incluir no solo «*la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales*» en especial en materia de extradiciones (art. K.3.a y b TA), así como el establecimiento de vías que eviten los conflictos de jurisdicciones entre los distintos estados miembros (art. K.3.a y d). Además, resulta de mucha importancia el hecho de que, en dicho Tratado también se pidiera el inicio de una aproximación o armonización penal que permita 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 ilícito de drogas (art. K.3.d última parte TA)³⁷, cosa que en gran medida se ha venido realizando a lo largo de los años, y que como estamos viendo en este número monográfico, también se está desarrollando en materia de derechos fundamentales y garantías del proceso.

4.3 El Programa de Tampere

El Programa de Tampere, recogido en las Conclusiones del Presidencia del Consejo Europeo celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, fue de naturale-

³⁶ De esta forma se estableció que deberían tomarse medidas que posibiliten, favorezcan y permitan (art. K.2.2 TA):

a) capacitar a Europol para que facilite y apoye la preparación y estimule la coordinación y ejecución de acciones específicas de investigación por las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidas las actividades operativas de equipos conjuntos que incluyan representantes de Europol en calidad de apoyo;

b) a Europol solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros la realización y la coordinación de sus investigaciones en casos concretos, así como desarrollar conocimientos especializados que puedan ponerse a disposición de los Estados miembros para ayudar a estos en la investigación de casos de delincuencia organizada;

c) fomentar acuerdos de enlace entre las autoridades encargadas de la acusación y la investigación especializadas en la lucha contra la delincuencia organizada, en estrecha cooperación con Europol;

d) crear una red de investigación, documentación y estadística sobre delincuencia transfronteriza.

³⁷ Así se dispuso que (art. K3 TA):

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

b) la facilitación de la extradición entre Estados miembros;

c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación;

d) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; la adopción progresiva de medidas que establezcan 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 ilícito de drogas.

za plurianual, vigente entre 1999 y 2004 y también tiene una especial importancia en el marco del presente trabajo. A través de él se dio un gran salto en el desarrollo de lo establecido por el Tratado de Ámsterdam, fijándose las prioridades que permitieran impulsar la formación en un espacio de libertad, seguridad y justicia como elementos indispensables para alcanzar la paz y la prosperidad dentro del ámbito de la Unión Europea. En este empeño debemos destacar una serie de características esenciales³⁸:

La primera de ellas la encontramos en que, a través del Programa de Tampere, se convocó la Convención que redactaría el Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y se acordaron los procedimientos a seguir, los mecanismos de actuación, el método de trabajo y la composición, de la Convención³⁹. Este elemento resulta clave para la configuración de una Unión, y por tanto del espacio en el que ella actúa, plenamente democrática, toda vez que *«la organización de sus Instituciones, sus competencias y funciones, así como los mecanismos que garanticen la libertad, la seguridad y la igualdad deben reforzar los valores que han presidido su construcción política y que han penetrado progresivamente en su orden jurídico: la democracia, el Estado de Derecho, la igualdad de oportunidades, los derechos fundamentales»*⁴⁰, siendo estos valores, principios y derechos transversales a toda la estructura, organización y funcionamiento de la Unión.

Una segunda característica que destaca en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere (en adelante, también, CdPT) la encontramos en que buscó detectar medidas que permitieran profundizar en el desarrollo de la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia, marcando unas pautas a seguir en el futuro. Entre estas se señaló a la necesidad de encontrar fórmulas para que: a) los ciudadanos de la Unión puedan defender sus derechos e intereses legítimos ante los órganos jurisdiccionales y autoridades gubernativas y administrativas de los distintos Estados de la Unión de forma tal

³⁸ Se debe señalar que, en otro orden de cosas, el Consejo Europeo de Tampere también abordó temas como de asilo e inmigración, un control coherente de las fronteras exteriores, la inmigración ilegal, la lucha contra quienes organizan y cometen delitos internacionales, así como sus conexos.

³⁹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, pero en ese momento no se integró a los tratados. Posteriormente, de forma previa a la firma del Tratado de Lisboa, se procedió proclamar una versión revisada de la misma en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007. Con la ratificación de dicho Tratado, la Carta asumió un carácter obligatorio y vinculante por cuanto el artículo 6.1 del mismo establece que ella tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Sobre el proceso de elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ver FREIXES, Teresa, y REMOTTI, José Carlos. *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*. Editorial Minin. Valencia, 2002, pp. 11 y ss.

⁴⁰ FREIXES, Teresa y REMOTTI, José Carlos. *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 9.

como si estuvieran en sus propios países sin que la diversidad de los sistemas jurídicos o de sus procedimientos pueda implicar una afectación a sus derechos o les impida o limite su ejercicio (punto 5 CdPT); b) que los autores de hechos delictivos que huyeran del país en el que cometieran tales actos para ocultarse de la acción de la justicia puedan ser presentados ante los tribunales de justicia (punto 33 CdPT); c) que las resoluciones judiciales de todo tipo dictadas en uno de los Estados miembros deben ser reconocidas por los demás, lo que implica un reconocimiento mutuo de las mismas, y que estas se deben poder cumplir y surtir efectos en todo el territorio de la Unión. Por ello se planteó eliminar la extradición entre los Estados miembros a los efectos de que las personas huidas puedan ser entregadas sin dilación al órgano judicial del país miembro que lo solicite (art. 35 CdPT). Así también se planteó que todos los Estados de la Unión deben dar cumplimiento a las resoluciones que dispongan la práctica de pruebas, como los embargos, y dar validez a las pruebas válidamente obtenidas en cualquiera de los Estados (punto 36 CdPT); d) que se debe extremar los esfuerzos para que los sistemas jurídicos, especialmente en la parte judicial incrementen sus niveles de compatibilidad y convergencia (punto 5 de las CdPT); e) en materia de prevención del delito propuso que se debe poner especial énfasis en la «*delincuencia juvenil, la urbana y la relacionada con las drogas*»; y «*aumentar la cooperación transfronteriza y la creación de equipos conjuntos de investigación como mecanismos para en la lucha contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos, así como contra el terrorismo*» (puntos 42 y 43 CdPT).

En materia de cooperación policial se acordó: f) crear una unidad operativa en la que participen los jefes de policía en la que puedan intercambiar información, pero también conocimientos, experiencias, métodos y prácticas en materia de delincuencia transfronteriza, además de que también pudiera participar de «*la planificación de acciones operativas*» (punto 44 CdPT). Así también, g) potenciar Europol a fin de cumpla con su labor de «prevención, análisis e investigación de la delincuencia», para lo cual no debe estar limitada a la recepción y traslado de información, sino que debe poder solicitar a los Estados miembros que «*inicien, dirijan o coordinen investigaciones*» (punto 45 CdPT). También cabe destacar h) la creación de la Academia europea de policía para la formación de funcionarios policiales de rango superior a fin de armonizar la formación, las técnicas, los métodos, actuaciones y prácticas de los mandos policiales (punto 47 CdPT).

Por otro lado, en materia de cooperación judicial, el Consejo Europeo de Tampere consideró que, para la formación del espacio de libertad, seguridad y justicia no resultaba suficiente potenciar la colaboración policial, sino que se

requería también: i) establecer vías de colaboración judicial, por lo que decidió la creación de EUROJUST integrada por fiscales, magistrados, con el objeto de coordinar la actuación de las fiscalías y tribunales en materia de delincuencia organizada y terrorismo y facilitar el cumplimiento de las comisiones rogatorias (punto 46 CdPT). En materia legislativa se acordó: j) impulsar progresivamente la aproximación y armonización legislativa que permitiera establecer definiciones, tipos y penas comunes en los distintos países de la Unión comenzando por el «*blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro y otras formas de delincuencia financiera*», así como «*el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico*» (punto 48 CdPT)⁴¹.

Durante esta etapa, si bien se incrementan las fórmulas de cooperación policial y judicial, encontramos que las instituciones europeas se plantean la necesidad de iniciar una aproximación de las distintas normativas internas de los Estados miembros a fin de que los ciudadanos puedan defender sus derechos en todo el territorio de la Unión como si se estuviera en su propio Estado. Es de resaltar, también, que durante esta etapa se proclama por primera vez la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

V. LOS ATENTADOS DE 2001 Y EL VUELCO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y JUSTICIA

Esta manera de entender la forma de hacer frente al terrorismo cambia en 2001, originándose la cuarta de las etapas, especialmente a partir de los atentados de USA 11 de septiembre 2001 (y de los posteriores de Madrid 11 de marzo 2004 y Londres 7 de julio 2005). En este sentido la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo pasa a convertirse en una de las prioridades de la UE. Ello obliga a utilizar todos los instrumentos (legislativos, operativos, institucionales) para evitar que estos tipos de criminalidad puedan aprovecharse de las libertades que otorga la UE⁴².

⁴¹ Además, en el Consejo europeo de Tampere también se tomaron otros acuerdos específicos. Por ejemplo, en materia de la lucha contra el blanqueo de capitales se consideró necesario el establecimiento de normas comunes y de cooperación para el seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito, así también que permitan aumentar el grado de transparencia de las transacciones financieras y de la propiedad de las sociedades anónimas, posibilitando y facilitando el intercambio de información entre las unidades de información financiera (puntos 51 a 57).

⁴² REMOTTI, José Carlos. «La estrategia común europea contra el terrorismo». ob. cit., p. 158.

5.1 Las Decisiones Marco 2002/475/JAI y 2002/584/JAI

Dentro de este nuevo esquema destacamos a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo, de 13 de junio de 2002. Esta Decisión Marco es de especial importancia por cuanto en ella se decidió, entre otras cosas⁴³, proceder a armonizar la legislación penal en materia de terrorismo en todo el territorio de la UE. En tal virtud se estableció una lista de conductas que necesariamente debían ser considerados como delitos de terrorismo⁴⁴ si respondían a unas determinadas finalidades terroristas⁴⁵. Así también se estableció una lista de

⁴³ Cabe destacar que en la Decisión Marco 2002/475/JAI también se establece una lista de personas y entidades que deben ser consideradas como terroristas por todos los países miembros de la UE, se toman medidas contra la financiación del terrorismo, obligando, por ejemplo, a las instituciones financieras y a determinados profesionales como los notarios, contables, abogados y dueños de casinos a notificar toda operación a partir de 15 mil Euros, cantidad que puede ser menor de acuerdo con las normas internas de cada uno de los Estados; o, a la congelación de los bienes y recursos de las personas e instituciones que estuvieran en la lista de personas y entidades terroristas.

Además, es de destacar a los efectos de este trabajo que en el considerando 10 de esta Decisión Marco 2002/475/JAI se establece que «*La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales tales como están garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios de derecho comunitario. La Unión observa los principios reconocidos en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como el derecho de huelga, la libertad de reunión, de asociación o de expresión, ni, en particular, el derecho de fundar un sindicato con otras personas o de afiliarse a un sindicato para defender los intereses de sus miembros, así como el correspondiente derecho a manifestarse*».

⁴⁴ El artículo 1 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la UE, de 13 de junio de 2002 dispuso que las conductas que debían ser consideradas en todas las legislaciones de la UE como terrorismo (elementos objetivos) son:

- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;
- b) atentados graves contra la integridad física de una persona;
- c) secuestro o toma de rehenes;
- d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
- e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
- f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;
- g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
- h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
- i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).

⁴⁵ El artículo 1 de la Decisión Marco 2002/475/JAI estableció también la finalidad o aspecto subjetivo que debían tener actos para ser considerados como de terrorismo. A saber, debían tener por finalidad:

- a) de intimidar gravemente a una población,
- b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

delitos que han de ser considerados como conexos o ligados o relacionados a las actividades terroristas⁴⁶; se establecen los grados de participación que deben ser sancionados⁴⁷; se establecen las penas mínimas que se deben imponer a los delitos de terrorismo, así como determinadas características que éstas deberán cumplir⁴⁸. También se establecieron las condiciones en las que, en los casos de terrorismo, procederá el beneficio de reducción de pena⁴⁹. Por último, se establecieron una

c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

⁴⁶ La Decisión Marco 2002/475/JAI, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, establece los delitos que debían ser considerados necesariamente como conexos son (art. 3):

a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo; la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos;

b) captación de terroristas: la petición a otra persona de que cometa cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), o en el artículo 2, apartado 2;

c) adiestramiento de terroristas: impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines.

d) hurto o robo con agravantes cometido con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1;

e) chantaje con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1;

f) libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), y en el artículo 2, apartado 2, letra b).

⁴⁷ Se estableció que las sanciones no solo debían alcanzar a los autores materiales, sino también a (art. 4):

a) Los inductores (inspiradores, autores intelectuales),

b) Los cómplices (o cooperadores, los que suministren información o medios materiales o financiación, las personas jurídicas que sirvan como medio para realizar tales delitos o como cubierta para encubrirlos).

c) Los que efectuaran la tentativa de realizarlos

⁴⁸ Se establecen las penas mínimas que se deben establecer para los delitos de terrorismo, las cuales han de ser necesariamente efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 5):

a) La pena debe ser siempre superior a la que les corresponda a tales delitos sin tener la finalidad terrorista

b) Cuando menos será como mínimo de 15 años de prisión a los dirigentes y 8 a los demás partícipes (siempre que no haya la comisión de otros delitos).

c) Las sanciones a las personas jurídicas incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones, como:

– medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;

– medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;

– sometimiento a vigilancia judicial;

– medida judicial de liquidación de negocios, empresas;

– cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito.

⁴⁹ Así, también se establece la posibilidad de que tales sanciones puedan reducirse si el autor del delito (art. 6):

a) Si abandona la actividad terrorista, y

b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y que le ayude a:

serie de disposiciones con el objeto de garantizar los derechos de las víctimas del delito de terrorismo a los efectos de que las investigaciones y procesos judiciales por terrorismo en los Estados miembros no dependan de que las víctimas de tales delitos interpongan una denuncia o acusación, así como que se les asegure una adecuada asistencia a sus familias (art. 10).

Por su parte la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, se aprobó siguiendo las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere ya mencionado en el cual se hacía referencia a la necesidad de suprimir el procedimiento de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea a fin de que se pueda detener y entregar a las personas que siendo sospechosas de haber cometido un delito huyan o que escapen de la justicia luego de haber sido condenadas (puntos 35 y 37 de las conclusiones Acuerdo de Tampere).

En efecto, en esta Decisión Marco 2002/584/JAI se concretó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales a través de la creación de un nuevo sistema de detención y entrega de sospechosos para efectuar diligencias en el marco de un proceso judicial que tenga prevista una pena superior a 12 meses o para permitir la ejecución de las sentencias en el caso de los condenados no inferior a 4 meses (art. 2.1). Este nuevo sistema estaría basado en el principio antes mencionado de reconocimiento mutuo que presupone que los Estados de la Unión se reconocen entre sí como democráticos y garantes de los derechos fundamentales y del debido proceso (art. 1). En esta línea se estableció que la solicitud de entrega debe formularla un juez que debe motivar y justificar su pedido y la decisión de entrega debe estar sometida a una serie de garantías y controles por lo que solo debe ser tomada por la autoridad judicial. De juez a juez. Es pues, una medida judicial (art. 6). La solicitud procedería efectuarla sobre la base de un listado cerrado de delitos⁵⁰ y solo

-
- impedir o atenuar los efectos del delito
 - identificar o procesar a los otros autores del delito,
 - encontrar pruebas, o
 - impedir que se cometan otros delitos de terrorismo.

⁵⁰ La lista de delitos sobre los que procede la orden europea de detención y entrega comprende a los siguientes (art. 2.2);

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,

puede ser denegada en casos tasados. Así, en primer lugar, en el Preámbulo de esta Decisión Marco ya se apunta que *«su aplicación solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente»* (punto 10), por parte del Estado requirente, de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (versión Ámsterdam, actual artículo 2 de la versión del Tratado de Lisboa). En esta misma línea el artículo 1.3 de la Decisión Marco estableció que sus disposiciones no podrán hacer variar los compromisos y obligaciones de la UE de respetar los derechos fundamentales. Tampoco procedería, tal y como lo señala el punto 12 del preámbulo de la misma Decisión Marco cuando el juez considere que *«existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones»*.

En el Preámbulo de esta Decisión Marco también se reiteró el principio que nadie podrá ser *«devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes»* (punto 13). A estos supuestos en los

-
- fraude,
 - blanqueo del producto del delito,
 - falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
 - delitos de alta tecnología, en particular delito informático,
 - delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
 - ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
 - tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
 - secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
 - racismo y xenofobia,
 - robos organizados o a mano armada,
 - tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
 - estafa,
 - chantaje y extorsión de fondos,
 - violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
 - falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
 - falsificación de medios de pago,
 - tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
 - tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
 - tráfico de vehículos robados,
 - violación,
 - incendio voluntario,
 - delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
 - secuestro de aeronaves y buques,
 - sabotaje.

que no procedería la entrega, se debe añadir, conforme también lo estableció esta Decisión Marco analizada, cuando el delito que amerita la orden europea de detención esté amnistiado en el Estado encargado de la ejecución de la misma (art. 3.1); cuando la persona buscada ya haya sido juzgada por los mismos hechos por algún Estado miembro siempre que se haya dado cumplimiento efectivo de la condena, se esté ejecutando la misma o la pena ya no se pueda ejecutar (art. 3.2); cuando la persona por la cual se transmite la orden europea de captura sea menor de edad (art. 3.3). Además, también se puede denegar el cumplimiento de la orden europea de detención en casos tales como que los hechos que ameritan su dictado no sean constitutivos de delito o cuando la persona «*esté sometida a un procedimiento penal*» en el Estado de ejecución (arts. 4.1 y 2); cuando las autoridades competentes del Estado de ejecución de la orden europea hayan tomado la decisión de no iniciar o de concluir un procedimiento por los mismos hechos (4.3); cuando el delito o la pena haya prescrito (art. 4.4); cuando la persona haya sido juzgada por los mismos hechos en otro Estado miembro (art. 4.5); cuando la persona sobre la que pese la orden de búsqueda sea nacional o residente el Estado de ejecución de la medida y este Estado se comprometa a ejecutar la pena o medida de seguridad exigida (art. 4.6). También en los supuestos en los que el Derecho del Estado que debe dar cumplimiento a la solicitud establezca que es él el competente para conocer los hechos, por cuanto estos se realizaron total o parcialmente en su territorio (art. 4.7.a) o cuando habiendo sucedido los hechos fuera del estado requirente y el Derecho interno del Estado requerido para el cumplimiento de la orden establezca que no procede actuar en relación a esos hechos (art. 4.7.b)

5.2 El Tratado de Prüm y la posterior integración de sus contenidos al acervo comunitario

Dentro del marco de mecanismos de cooperación reforzada, al igual que el Convenio de Schengen, encontramos al Tratado de Prüm de 27 de mayo de 2005, celebrado inicialmente entre Austria, Alemania, Bélgica, España, Francia, Luxemburgo y Holanda, países a los que posteriormente se les adhirió Italia, Finlandia, Portugal y Eslovenia. Su contenido fue plenamente integrado al ámbito de la Unión a través de la 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; la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la De-

cisión 2008/615/JAI; y la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio⁵¹.

El Tratado de Prüm (en adelante, también, TP) tuvo por objeto el intensificar la cooperación para luchar con mayor eficacia contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, mediante un mejor intercambio de información especialmente en materia de datos relacionados con las huellas dactilares, el ADN, y las matrículas de los vehículos. Sin embargo, en él se adoptaron una serie de medidas que no solo se circunscribían al intercambio de informaciones, sino que también se incluyeron determinadas medidas de carácter operativo o ejecutivo como, por ejemplo, la posibilidad de llevar agentes armados a bordo de los aviones

En su Preámbulo se señalaba que siendo la Unión *«un espacio en el que las personas circulan libremente es importante que los Estados miembros de la UE intensifiquen su cooperación para luchar con mayor eficacia contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal»*, por lo que se señaló como objetivo del mismo el *«asumir un papel pionero en la consecución del máximo nivel posible de cooperación, en aras del desarrollo de la cooperación europea y sin perjuicio del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea»* ofreciendo *«la posibilidad de participar en esta cooperación a todos los demás Estados miembros de la Unión Europea»*. Entre las medidas que fueron adoptadas por el Tratado de Prüm destacan⁵²:

– *«La Transmisión de información para la prevención de atentados (art. 16 TP) a fin de que los Estados pudieran transmitirse determinados datos de carácter personal e informaciones en la medida en que se den hechos que permitan justificar la presunción de que las personas afectadas por la medida van a cometer un atentado terrorista (art. 16.1 TP). Los datos e informaciones que podrán ser transmitidos son el nombre y apellidos, la fecha y lugar de nacimiento y la descripción de los hechos que justifican la presunción (art. 16.2 TP).*

– *La posibilidad de que los vuelos lleven escoltas de seguridad armados (art. 17)*

– *La posibilidad de realizar patrullas conjuntas (art. 24 TP) en las que policías de un país participen en intervenciones en el territorio de los demás*

⁵¹ REMOTTI, José Carlos. «Las medidas contra el terrorismo en el marco del tratado de Prüm» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, pp. 181 y ss.

⁵² *Idem*, pp. 184 y ss.

Estados con la finalidad de prevenir amenazas para la seguridad y el orden público y prevenir delitos.

– *Autorización para que fuerzas de policía puedan cruzar la frontera y adoptar medidas en caso de peligro inminente (art. 25 TP).*

– *El establecimiento de Fórmulas y sistemas de cooperación policial previa petición (art. 27 TP) que permitan «la averiguación de la identidad del propietario y el usuario y la investigación sobre los conductores de vehículos terrestres, acuáticos y aéreos; obtener la información sobre permisos de conducción, patentes de navegación y habilitaciones semejantes; la averiguación de la residencia y del lugar de domicilio; la comprobación de los títulos de residencia; la averiguación de los titulares de conexiones de teléfono y de otros medios de telecomunicación, en la medida en que sean de acceso público; la averiguación de la identidad; la investigación sobre la procedencia de objetos, por ejemplo, armas, vehículos de motor y vehículos acuáticos (consultas sobre vías de adquisición); brindar informaciones obrantes en bases de datos policiales y documentos policiales, así como información procedente de recopilaciones de datos oficiales de acceso público; remitir avisos urgentes relativos a armas o explosivos y avisos relativos a falsificaciones de moneda o efectos timbrados; y, dar informaciones sobre la ejecución práctica de medidas de observación transfronteriza, persecuciones transfronterizas y entregas controladas; y la notificación de la disposición de una persona a prestar declaración» (art. 27.2, apartados 1 a 11 TP).*

Se puede apreciar, pues, la importancia que para la UE ha adquirido en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia la implementación y profundización de los sistemas de intercambio de información y de datos, así como el avance y profundización de las medidas operativas y ejecutivas.

5.3 El Programa de La Haya

El Programa de la Haya (en adelante PdH), fue adoptado en el Consejo Europeo celebrado el 4 y 5 de noviembre de 2004 y vino a reemplazar al Programa de Tampere⁵³. Al igual que este último también se trató de un programa plurianual en el que se establecieron las 10 prioridades sobre las cuales la UE centraría sus esfuerzos a lo largo de los 5 años siguientes, así como las medi-

⁵³ Programa de la Haya: Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia».

das y acciones específicas a adoptar para alcanzar tales prioridades las cuales se encuentran en un anexo al mismo. Dentro de las 10 prioridades establecidas en el Programa de la Haya destacamos, en relación con el tema abordado en este trabajo, la necesidad de promover y reforzar la protección y el respeto de los derechos fundamentales y de ciudadanía⁵⁴ como elemento transversal a las políticas europeas tanto las que se aplican dentro del territorio de la Unión como las que se proyectan desde ella hacia terceros países⁵⁵. Dentro de este marco de actuaciones se decidió la formación de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA, en sus siglas en inglés), sobre las bases del anterior Observatorio de Europeo del Racismo y la Xenofobia, como un instrumento efectivo que permita impulsar, promover, defender y proteger los derechos fundamentales (prioridad 1 PdH)⁵⁶.

También, se consideró prioritario que en materia de lucha contra el terrorismo no solo se debía tomar una serie de medidas comunes y coordinadas que permitan a los Estados dar un salto cualitativo en la lucha contra el terrorismo especialmente en los siguientes aspectos (prioridad 2 PdH):

- *«La prevención, especialmente combatiendo con eficacia sus causas.*
- *La captación de miembros, incluyendo a los colaboradores.*
- *Las fórmulas y mecanismos utilizados para su financiación, abriendo una nueva línea en materia de la utilización abusiva de organizaciones caritativas.*
- *La proyección y el análisis de riesgos.*
- *La protección de las infraestructuras sensibles y en especial las críticas.*
- *La gestión de las consecuencias.*
- *La necesaria cooperación exterior que permita una plena colaboración con terceros países, que impida que puedan ser utilizados como refugio, o para esconder armas, recursos o personas.*
- *Buscar fórmulas de apoyo en favor de las víctimas del terrorismo.*
- *Reforzar la cooperación de los cuerpos policiales.*

⁵⁴ Destacan dentro de los derechos de ciudadanía de la UE, la libre circulación en la UE, la protección diplomática y consular o el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo y locales.

⁵⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Niza, el 7 de diciembre de 2000. Posteriormente, fue revisada antes de la firma del Tratado de Lisboa, y fue proclamada, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007. Si bien la Carta no forma parte integrante del Tratado de Lisboa, este la hace vinculante por cuanto en su artículo sexto se dispone que tendrá el mismo valor que los Tratados de la Unión.

⁵⁶ Otras prioridades del Programa de la Haya giraron en materia de fronteras, visados, asilo, gestión de la migración, mecanismos para garantizar la integración social de los extranjeros en Europa.

– *Mejorar el intercambio de información dentro del respeto y garantía del derecho a la protección de datos personales.»*

Además, se priorizó, también, encontrar un necesario equilibrio entre la protección de la vida privada, de los datos personales, de la intimidad y demás derechos fundamentales y la necesaria seguridad de las sociedades que permita a las distintas fuerzas y cuerpos de seguridad nacionales compartir de modo eficaz, entre sí o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), informaciones y datos en materia de lucha contra el terrorismo, así como de delincuencia transfronteriza (prioridad 7 PdH). En esta línea, también se consideró prioritaria la elaboración de un concepto estratégico común relativo a la delincuencia organizada, que encontrara fórmulas que permitieran mejorar la prevención, la investigación, la cooperación entre las autoridades de policía de los Estados (prioridad 8). Otra prioridad adoptada fue la elaboración de un modelo europeo de recogida, tratamiento e intercambio de datos e información en lo criminal, que sea eficaz en la prevención, investigación y cooperación policial, pero, a su vez, respetuoso con los derechos de los ciudadanos (prioridad 8 *in fine* PdH).

Por último, también se priorizó la necesidad de garantizar un espacio europeo de justicia pleno, que permita el acceso a la justicia de todos los ciudadanos en todos los Estados de la Unión, así como la ejecución de las decisiones judiciales de un Estado en todos los demás Estados, consolidando la confianza mutua entre los Estados miembros a partir del hecho de que todos los Estados de la Unión son democráticos, respetan los valores y principios de la Unión, garantizan los derechos fundamentales y en especial los del debido proceso. Sobre esta base se consideró necesario adoptar medidas que armonicen en toda la Unión las normas procesales a fin de que las distintas normativas se aproximen y se tenga unas pautas mínimas comunes en lo que se refiere, por ejemplo, al debido proceso y derecho de defensa (prioridad 9 PdH).

Durante esta etapa se aprecia, pues, el carácter destacado que para las instituciones europeas había adquirido, ya en esas fechas, la cooperación policial y judicial, la implementación y profundización de los sistemas de intercambio de información y de datos, así como el avance y profundización de las medidas operativas y ejecutivas. Conjuntamente a ello destaca, también, la necesidad de reforzar la confianza mutua entre los distintos Estados con el objeto de alcanzar no solo la libre circulación de personas sino también la ejecución de las resoluciones y sentencias judiciales a partir de la consideración de que todos los Estados de la Unión son democráticos, respetan los valores y principios de la Unión, garantizan los derechos fundamentales y en especial

los del debido proceso, lo que origina la necesidad de aproximar o armonizar las legislaciones, estableciendo definiciones y contenidos mínimos comunes en materia de debido proceso y de derecho de defensa.

VI. EL TRATADO DE LISBOA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LAS BASES PARA EL EQUILIBRIO ENTRE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con la entrada en vigor de los tratados que conforman el Tratado de Lisboa⁵⁷ se da un muy importante salto adelante en materia de protección de los derechos fundamentales por cuanto en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, también, TUE) se otorga valor jurídico de Tratado fundacional a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, también, CDFUE)⁵⁸ en la cual se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) entre otros derechos procesales vinculados al debido proceso. Así también se otorga a los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros el valor de principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE), y se dispone la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos. Todo lo que origina consecuencias directas al tema tratado por cuanto los derechos humanos así establecidos se proyectan transversal y obligatoriamente a toda la legislación, disposición o resolución, actuación o vía de hecho de la Unión Europea.

En el Tratado de Lisboa no solo se consolida la voluntad manifiesta de la UE expresada ya en por el Tratado de Ámsterdam de ir formando un espacio de libertad, seguridad y justicia, sino que este espacio pasa a dar nombre al Título V del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) en el que se establece todo un diseño estructural destinado a tal fin, el cual debe ser compatible

⁵⁷ Como ya se ha señalado en páginas anteriores los tratados de la Unión Europea y de funcionamiento de la UE fueron firmados el 13 de diciembre de 2007 en Lisboa, por lo que el conjunto de ambos tratados asume el nombre de Tratado de Lisboa, el cual entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Así, utilizaremos la denominación Tratado de Lisboa como referencia genérica, y cuando se trate de una referencia específica la haremos citando, en cada caso, a cada uno de los tratados de manera individualizada.

⁵⁸ Como ya se señaló la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fue inicialmente proclamada en Niza el 12 diciembre de 2000. Posteriormente, efectuados algunos cambios, volvió a ser proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, de forma previa a la firma del Tratado de Lisboa el cual, como ya hemos apuntado le otorgó el mismo valor de los tratados. En este sentido, una vez ratificado este Tratado, la Carta asume legalmente valor vinculante para todos los Estados miembros.

con el sistema de derechos establecido en la Carta de Derechos fundamentales de la UE, y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, antes de continuar con el análisis del Tratado de Funcionamiento de la UE debemos señalar previamente que en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea también se señaló que los Estados miembros estaban resueltos «*a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado*» (de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En la misma línea en el artículo 3.2 del mismo Tratado de la Unión se establece que «*la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia*».

Así, no es hasta analizar al texto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que encontramos la arquitectura del espacio al que hemos hecho referencia. En primer lugar, se establece un marco delimitador, dentro del cual destaca, como no podía ser de otra manera, que su conformación se realizará «*dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros*» (art. 67.1 TFUE). Así mismo, en este marco delimitador se dispone que «*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*» (art. 67.3 TFUE). Además, se establece, como ya lo hemos señalado que, las medidas que adopte la UE en el ejercicio de esta competencia serán de «*coordinación y de cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes*», pudiendo adoptar, además, medidas que permitan tanto el «*reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal*» como, si fuera necesario, «*mediante la aproximación de las legislaciones penales*» (art. 63.3 *in fine*).

En segundo lugar, el Tratado de Funcionamiento de la UE articula la estructuración del espacio de libertad, seguridad y justicia a partir de distintos ejes, tales como el legislativo de aproximación o armonización de los diferentes ordenamientos jurídicos; o la cooperación judicial o policial en materia penal; o la cooperación en sistemas de información⁵⁹.

⁵⁹ El Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea también cuenta, además de los capítulos mencionados vinculados a la materia penal, con otros dos capítulos. El capítulo 2do. referido a

En relación, a la cooperación judicial, el Tratado de Funcionamiento establece que se fundamentará en «*el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales*» por parte de todos los Estados miembros y que, entre otras se podrán adoptar medidas que incluyan la armonización («*aproximación*») de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los siguientes delitos cuando tengan una especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza conforme a lo establecido en los arts. 82.3 y 83 TFUE. Así el ámbito material es:

- El terrorismo,
- la trata de seres humanos,
- la explotación sexual de mujeres y niños,
- el tráfico ilícito de drogas,
- el tráfico ilícito de armas,
- el blanqueo de capitales,
- la corrupción,
- la falsificación de medios de pago,
- la delincuencia informática y
- la delincuencia organizada.

– Y, se podrán añadir nuevos supuestos, como respuesta a la evolución que pueda tener la delincuencia en el ámbito de la Unión, por medio de una Decisión del Consejo siempre que respondan a los criterios de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza.

Además, se establece que en materia de cooperación judicial la UE podrá adoptar medidas que impliquen: el establecimiento de normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; también que permitan prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; así como para apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; y que se facilite la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones (art. 82.1 TFUE)⁶⁰.

En relación con la cooperación policial establecida en el Tratado de Funcionamiento, debemos señalar que está dirigida a todos los cuerpos policiales,

las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración; y, el capítulo 3ro. referido a la cooperación judicial en materia civil.

⁶⁰ Medidas que podrán ser tomadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

independientemente de su naturaleza, denominación o funciones especializadas, que participen en la «prevención, detección e investigación» de delitos (art. 87.1 TFUE). Sobre esta base, la cooperación policial podrá estar referida a medidas que abarquen aspectos tales como (art. 87.2 TFUE)⁶¹:

- la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente;
- el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial;
- las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada.

Una cosa especialmente importante en materia de cooperación policial es que el Tratado de Funcionamiento permite que la cooperación también pueda ser operativa a cuyos efectos se crea un comité permanente (COSI) en el Consejo el cual deberá garantizar su adecuado funcionamiento (art. 71 y 87.3 TFUE)⁶². Ahora bien, ello no implica necesariamente la configuración de un cuerpo operativo de ámbito territorial europeo. Tal vez a ello se llegue en un futuro, pero por el momento tanto el art. 71 como el 87.3 TFUE hablan de

⁶¹ Estas medidas podrán ser adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 87.2 TFUE).

Con relación a la cooperación policial, ver: GARCÍA SAN PEDRO, José. «La cooperación policial en la unión europea». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10-1.º semestre, 2006, pp. 201 y ss.

⁶² El actual art. 71 (TFUE) viene a recoger lo que establecía el art. 36 del TUE. En él se dispone que:

«Se creará un comité permanente en el Consejo con objeto de garantizar dentro de la Unión el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior. Sin perjuicio del artículo 240, dicho comité propiciará la coordinación de la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros. Podrán participar en sus trabajos los representantes de los órganos y organismos de la Unión afectados. Se mantendrá informado de dichos trabajos al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales.»

Por su parte el art. 87.3 (TFUE) dispone en materia de cooperación policial operativa, que:

«El Consejo podrá establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades a que se refiere el presente artículo. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de medidas se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción.

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

El procedimiento específico establecido en los párrafos segundo y tercero no será de aplicación a los actos que constituyan un desarrollo del acervo de Schengen.»

«*cooperación operativa*» entre los distintos cuerpos policiales de los Estados miembros, la cual puede realizarse por ejemplo en actuaciones preventivas, en investigaciones en curso, búsqueda y recogida de pruebas, en fronteras, etc. De esta forma se continua con el modelo de cooperación propio de la UE, en el que los cuerpos operativos siguen siendo, básicamente, los propios de los Estados miembros, mientras que la intervención del COSI es de colaboración con aquellos.

Para establecer las medidas de cooperación policial se exige que haya unanimidad del Consejo, requiriendo efectuar una previa consulta al Parlamento Europeo⁶³. En caso de que no se alcance dicha unanimidad el Tratado de Funcionamiento establece vías para que a ella se pueda llegar a través de fórmulas de cooperación reforzada, siempre que lo soliciten al menos 9 Estados miembros (art. 87.3, y arts. 20.2 TUE y 329 TFUE).

Siguiendo con la cooperación policial, encontramos que el Tratado de Funcionamiento también refuerza la estructura y determina y clarifica los fines de la Europol. Para ello se establece que la Europol tiene por primera finalidad servir de apoyo y refuerzo a los cuerpos policiales de los Estados miembros independientemente de su naturaleza, denominación o funciones específicas (por ejemplo, aduanas o fronteras) y por segunda finalidad la de colaborar con dichos cuerpos en la «*prevención de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, del terrorismo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos*» (art. 88.1 TFUE). Apoyar, reforzar y colaborar a los cuerpos policiales nacionales son, entonces, las marcas características identificadoras de la actuación de la Europol. En este sentido, tampoco en este caso se le configura como un cuerpo de actuación operativa. Ahora bien, ello no significa que, en determinado momento o circunstancia, no pueda llegar a tener asignada una actividad operativa. Para ello el Tratado de Funcionamiento establece que ellas deban realizarse no solo en contacto con las autoridades del Estado miembro donde se realicen, sino que requerirán su expresa autorización. Pero, además, y esto resulta clave para entender su posición, se dispone que, en todo caso, si en dicha actividad operativa se requiere aplicar algún tipo de medida coercitiva, esta solo podrá ser aplicada por los cuerpos nacionales competentes para ello (art. 88.3 TFUE).

⁶³ Un ejemplo de fórmulas de colaboración policial lo encontramos en relación a los controles fronterizos. Así, encontramos, entre otras la Recomendación (UE) 2017/820 de la comisión de 12 de mayo de 2017 sobre los controles policiales proporcionados y la cooperación policial en el espacio Schengen.

El Tratado de Funcionamiento no procedió a determinar la concreta estructura, el ámbito de actuación y las competencias de Europol, sino que estableció un procedimiento para su determinación. Así se dispuso que tales elementos se aprobarían mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario los cuales deberán incluir necesariamente el procedimiento de control que deberá efectuar el Parlamento europeo sobre las actividades de la Europol en el cual deberán participar los parlamentos nacionales (art. 88.2 TFUE). En esta línea, se establece que al momento de determinar las competencias de Europol estas podrán referirse a (art. 88.2 TFUE):

- la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de la información, en particular la transmitida por las autoridades de los Estados miembros o de terceros países o terceras instancias;
- la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust.

Para la concreción de las competencias que podrá asumir Europol sí debemos señalar que el carácter habilitante, pero a su vez condicional, utilizado por el Tratado de Lisboa permite apreciar la gran amplitud del margen de maniobra y afirmar en este sentido que las competencias podrán ser las acabadas de mencionar, o solo algunas de ellas o incluso, ninguna de ellas, así como, por otro lado, se le podrá añadir otras que no figuren en la lista pero que se consideren necesarias para el cumplimiento de su cometido.

Por último, en materia de cooperación judicial, destacaremos que el Tratado de Funcionamiento autoriza a que el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento europeo, pueda establecer los requisitos, las condiciones, y los límites a través de los cuales los distintos cuerpos de policía podrán actuar en el territorio de otro Estado miembro de la UE (art. 89 TFUE).

Para terminar con este punto cabe destacar que el Tratado de Funcionamiento establece como una norma común a la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza y con relación al reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, que se podrán adoptar normas mínimas en estas materias por medio del dictado de directivas⁶⁴. De

⁶⁴ Así, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 82.2 TFUE)

conformidad con el art. 82.2 TFUE estas normas mínimas podrán estar dirigidas a:

- 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 deberán ser aprobados por medio de una Decisión del Consejo adoptada por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo».

Ahora bien, cabe destacar que todo ello no es impedimento para que los Estados «mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas» (art. 82.2 *in fine* TFUE)⁶⁵. Y, es en este contexto que se encuentran las directivas que se estudian en este monográfico⁶⁶.

Así podemos apreciar que el Tratado de Lisboa centra el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia en materia penal en los aspectos referidos a la libre circulación, la protección de los derechos humanos, la aproximación o armonización legislativa, la cooperación policial y judicial, así como en el reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales, todo lo cual debe ser desarrollado, como ya se indicó, con plena compatibilidad con los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

6.1 La Decisión Marco 2009/299/JAI

La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modificaron las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, estuvo 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 imputado⁶⁷.

⁶⁵ Ver también, «¿Hacia la “constitucionalización” de un espacio europeo de justicia penal? Aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa». En *Estudios de Deusto*, núm. 11, julio-diciembre, 2012, pp. 249 y ss.

⁶⁶ Ver la nota 1 de este trabajo.

⁶⁷ Las Decisiones Marco modificadas a este respecto son:

- La Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.
- La Decisión Marco 2005/214/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

Tuvo por objeto solventar dos problemas: El primero referente a garantizar la compatibilidad de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un lado y, de otro, por las anteriores Decisiones Marco reguladoras del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, con la finalidad de que una vez emitidas las resoluciones judiciales desde un Estado, se cumplan en todos los demás sin que pueda alegarse para su no ejecución la falta de respeto a los Derechos Humanos. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que dentro del derecho a un proceso equitativo, y a ser oído equitativa y públicamente, por un tribunal independiente e imparcial, se encuentra «*el derecho del acusado de un delito a comparecer en el juicio*», pero con esta Decisión Marco se constató que en las anteriores no se habían tratado los supuestos en los que dichas resoluciones judiciales fueran dictadas en casos en los que el procesado no se haya presentado al juicio (considerandos 1 y 2). Por ello, la Decisión Marco 2009/299/JAI procedió a modificar las anteriores Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI en cuanto estas contenían los formularios a ser rellenados por las autoridades judiciales solicitantes de la detención y entrega de un procesado (arts. 2 a 6).

En segundo lugar, esta Decisión Marco 2009/299/JAI se dictó, también, para garantizar que los jueces tuvieran ciertos parámetros limitativos a la hora de denegar la detención y entrega del procesado al considerar que dicha orden fue dictada sin su presencia y participación en el proceso, así como que si en el Estado solicitante no se ofrecen las garantías al procesado de que una vez entregado se le asegure que pueda solicitar un nuevo proceso en su contra en el que pueda participar con todas las garantías. En este sentido, consideró que resultaba necesario aclarar (a los efectos de garantizar los Derechos Humanos del procesado) en qué casos podía ser considerado indefenso al ser juzgado en ausencia y en qué casos, por el contrario, no debía ser considerado así, por ser el propio procesado el que ha provocado, a sabiendas e intencionadamente, esa situación, así como si en caso de ser entregado tendría derecho a ser procesado con todas las garantías.

Así se dispuso, entre otras cosas, que los jueces deben proceder a la detención y entrega de una persona cuando reciban la solicitud de las instancias

– La Decisión Marco 2006/783/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

– La Decisión Marco 2008/909/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas de prisión o medidas de privación de libertad a efectos de su cumplimiento en la Unión Europea. Y,

– La Decisión Marco 2008/947/JAI relativa a la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

judiciales de otro Estado miembro, en virtud de resoluciones que hayan sido dictadas dentro de procesos regulares incluso en aquellos supuestos en los que el proceso se haya efectuado sin la presencia del procesado cuando este habiendo sido citado personalmente de que debía comparecer ante el tribunal, e informado del lugar y la fecha de la diligencia, no se hubiera presentado (art. 2.1.a). O, que se pueda comprobar fehacientemente que, el procesado que, no habiendo sido citado personalmente, sí tuvo, con una antelación suficiente, información o conocimiento de la misma y del lugar y fecha, a través de otros medios y que en ambos casos fuera apercebido que podría dictarse una resolución en su contra (art. 2.1.ii).

Tampoco el juez podrá negarse a dar cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas desde otro Estado de la Unión en aquellos casos en los cuales el procesado no haya comparecido conociendo de la citación, lugar y fecha, y no se presenta al juicio, pero en su lugar haya participado su abogado defensor al que le diera mandato de que le defendiera en el proceso, sea este de libre designación o, en su caso, de oficio solicitado por este según las reglas procedimentales internas de cada Estado miembro (art. 2.1.b). De igual forma, el juez tampoco podrá negarse en el caso de que el procesado haya sido notificado de la resolución en su contra e informado de forma expresa de la posibilidad de interponer recurso o de que puede solicitar un nuevo juicio en el que él podría comparecer y donde serán valorados los argumentos, alegatos y pruebas que pudiera presentar en un procedimiento con todas las garantías y declarara que no impugnaba la resolución o hubiera declarado que no solicitaba de nuevo juicio ni procedió a interponer el recurso pertinente dentro del plazo legalmente establecido (art. 2.1.c). Así mismo, el juez también deberá proceder a ejecutar la resolución judicial del Estado solicitante aun cuando la citación no se le haya entregado al procesado de manera personal siempre que se demuestre que esta resolución se le notificará de manera inmediata tras la entrega y que, en ese acto, se le informará del plazo que tiene para ejercer el derecho a solicitar un nuevo juicio o a interponer un recurso en donde podrá comparecer y discutir los argumentos y alegatos presentados así como que podrá presentar nuevos elementos probatorios, teniendo la autoridad judicial que resolverá dicho recurso la capacidad jurídica para poder revocar la resolución inicial (art. 2.2).

Por último, se dispuso también que las situaciones de privación de libertad provisional, en aquellos casos en los cuales proceda la entrega del procesado y este solicite un nuevo proceso o, en su caso, presente un recurso, serán revisadas de manera periódica; o cuando la revisión sea solicitada por el procesado a fin de que esta pueda ser suspendida o revisada, hasta que se dicte sentencia definitiva (art. 2.3).

6.2 La Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009

La Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009⁶⁸, aprobó el plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. Con ella se produce un nuevo gran salto adelante en la configuración del espacio de libertad, seguridad y justicia puesto que la UE viene a consolidar el camino marcado por el Tratado de Lisboa de tener a los Derechos Humanos como elemento transversal a las medidas de cooperación policial y judicial o al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, en especial en lo que se refiere a los derechos procesales para los sospechosos y procesados en los procesos de ámbito penal. De tal forma que la cooperación policial y judicial y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, se fundamenten en el pleno respeto a los derechos del debido proceso. Con ello lo que se pretende alcanzar es que en todo el territorio de la Unión se tenga unos niveles semejantes de protección de los derechos procesales en el ámbito penal de tal forma que las personas puedan ser juzgadas y condenadas en cualquiera de los Estados con un nivel semejante de garantías puesto que, como se afirma en esta Resolución del Consejo, el incremento de la libre circulación de personas que viajan por razones de trabajo, estudio o turismo, ha producido también el de personas que por uno u otro motivo se «*ven involucradas de alguna manera en procedimientos penales fuera de su país de origen o de residencia*» (considerando 3).

Para ello resulta primordial que los distintos Estados de la Unión tengan plena confianza en que los demás Estados respetan plenamente los derechos fundamentales y cuentan con un sistema jurisdiccional penal equivalente en el cual pueden, democráticamente, confiar (considerando 8). Esta aspiración de alcanzar un equilibrio entre fórmulas que permitan la plena eficacia del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y el pleno respeto a los derechos, ya se expresaba en la conclusión 39 del ya citado Consejo Europeo de Tampere de 1999, pero debemos reconocer que por la gravísima situación provocada especialmente a partir del terrorismo internacional y, en especial, de los atentados de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005) a partir de los que se priorizó especialmente la cooperación policial, judicial, de información e inteligencia, solo ha sido posibilitada y lentamente generalizada a partir del Tratado de Lisboa. En esta misma línea podemos apreciar que esta aspiración de alcanzar normas y garantías que fueran equivalentes para todos

⁶⁸ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (2009/C 295/01)

los Estados de la Unión también se encontraba en el Programa de La Haya de 2004 anteriormente citado. Sin embargo, en palabras del Consejo recogidas en esta Resolución, si bien en materia de cooperación policial y judicial se han efectuado importantes avances y progresos, se puede apreciar que *«los debates que han tenido lugar en los últimos años en sobre los derechos procesales en el contexto de la Unión Europea no han conducido a resultados concretos»*, por lo que, continúa, *«ha llegado ahora el momento de actuar para conseguir el equilibrio entre las medidas y la protección de los derechos procesales de cada persona»* (considerando 10).

De esta forma se tomó la decisión, al amparo del artículo 82.2.b del Tratado de Funcionamiento, de establecer a través de esta Resolución, una serie de actuaciones destinadas a favorecer y a proteger los derechos procesales de los sospechosos y procesados en los casos penales sin afectar el nivel de eficacia de las medidas contra el terrorismo o la delincuencia grave u organizada o transnacional. Estas medidas no se plantean como una única reforma en un único cuerpo legislativo, sino que se optó por hacerla no solo gradual sino separando distintas temáticas (considerando 11). Tampoco se abordan en ella todos los derechos procesales que pueden incidir en estas personas, sino que se hace una selección de aquellos que se consideran prioritarios, reservándose la posibilidad de abordar, en otro momento, *«la protección de derechos distintos de los que figuran»* en esta Resolución. A partir de tales criterios, esta Resolución del Consejo estableció que la Unión Europea iniciará un proceso que le permita aproximar o armonizar, en todo su territorio, los derechos de los sospechosos y procesados comenzando según lo determina en un anexo por los siguientes derechos⁶⁹:

– Derecho a una traducción e intérprete. Estas medidas estarán destinadas a garantizar que todas las personas procesadas puedan tanto entender lo que sucede y las actuaciones que se está realizando en su contra, como que también puedan hacerse entender. Según esta Resolución del Consejo, esta armonización deberá tender a brindar a toda persona procesada pueda contar con intérprete y la traducción de los documentos procesales fundamentales, en el caso que no hable o no entienda el idioma que esté siendo utilizado por las autoridades del país. Se señala también que se deberá prestar especial cuidado a los sospechosos o procesados que pudieran poseer alguna discapacidad auditiva (medida A).

⁶⁹ A este respecto ver el anexo a la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 en el que se establece el «Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales».

– Derecho a ser informado de los cargos, los motivos por los que se actúa en su contra, así como de los derechos que le corresponden. Estas medidas estarán destinadas a garantizar en todo el territorio de la Unión que toda persona sospechosa o procesada por la posible comisión de un delito deba ser informado de los motivos y del por qué se encuentra en dicha situación, de la imputación que recae contra él así como de los derechos que le asisten, debiendo contar con un tiempo suficiente que le permita preparar su defensa, sin que ello pueda perjudicar el desarrollo normal del proceso (medida B).

– Derecho a la asistencia letrada y a la justicia gratuita. Con ello se busca garantizar a todo sospechoso o procesado penalmente, independientemente del Estado de la Unión en el que se encuentre, que pueda contar con un asesoramiento jurídico por medio de un abogado desde los primeros momentos en que haya una imputación en su contra. Esta asistencia jurídica podrá ser de libre elección del sospechoso o procesado y cuando no disponga de abogado o no pueda sufragarse el coste de la misma con sus propios recursos, deberá otorgársele una asistencia letrada de oficio (medida C).

– Derecho a comunicar de su situación a sus familiares, empleador y autoridades consulares. Se busca garantizar que en todos los Estados miembros las personas sospechosas o procesadas que se encuentren privadas de libertad puedan sin demora comunicar de su situación, como mínimo, a una persona la cual podrá ser un familiar o su empleador. Además, si se es nacional de un Estado miembro distinto al de las actuaciones se deberá poder comunicar de su situación a las autoridades consulares competentes (medida D).

– Medidas especiales y de salvaguardas para personas vulnerables que sean sospechosas o procesadas. Se busca proteger en todo el territorio de la Unión a aquellas personas que por sus condiciones personales tales como la edad, condición mental o física no puedan comprender o seguir el hilo, el sentido o el contenido de las actuaciones que se le siguen (medida E).

– Por último, en esta Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, se acuerda elaborar un libro verde que establezca los principios rectores de la prisión provisional. Lo que se busca con ello es encontrar los aspectos básicos que puedan ser comunes a todos los Estados miembros a fin de evitar que dicha prisión pueda convertirse en un periodo de tiempo excesivamente prolongado, perjudicando así a los derechos del procesado y la confianza de los Estados que por este hecho puedan negarse a cooperar judicialmente con la entrega de los sospechosos o procesados (punto 3 de la Resolución y medida F del anexo).

Vemos, pues, también en este punto, que las Directivas objeto de estudio en la presente obra colectiva se corresponden con las medidas establecidas en

esta Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, con el objeto de reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales⁷⁰.

6.3 El programa de Estocolmo

El programa de Estocolmo, para una Europa abierta y segura que sirva y proteja al Ciudadano, es el último paso al que haremos referencia en la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, previo y fundamentador de las Directivas que se estudian en este número monográfico.

El Programa de Estocolmo (en adelante, también, PdE) fue adoptado por el Consejo Europeo del 2 de diciembre de 2009⁷¹. Con él se aprobó un plan quinquenal que aspiraba a establecer las actuaciones a llevar a cabo por parte de la UE entre 2010 a 2015, las cuales inciden en la temática de este trabajo desde distintas perspectivas.

En desarrollo de lo establecido en el Tratado de Lisboa, en especial de lo dispuesto en los arts. 82.1 y 2 TFUE, el Programa de Estocolmo destacó la necesidad de potenciar e incrementar la confianza mutua entre los órganos judiciales de los distintos Estados miembros, para lo cual consideró que sería necesario aproximar y armonizar la definición del delito y de las penas y sanciones aplicables, así como los derechos procesales mínimos aplicables en toda la Unión que hagan viable el reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales (punto 3 PdE)⁷².

Entre las medidas consideradas en el Programa de Estocolmo, se apuntó a la necesidad de establecer un sistema común y general de obtención de pruebas

⁷⁰ Ver también, ARANGÜENA FANEGO, Coral. «Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales». En *Diario La Ley*. Visto el 11 de octubre de 2017 en: http://diariolaley.laley.es/home/DT0000243037/20170303/Las-garantias-procesales-de-sospechosos-e-imputados-en-procesos-penales#nDT0000243037_NOTA1.

⁷¹ Con relación al Programa de Estocolmo, ver: Gutiérrez Castillo, Víctor Luis y López Jara, Manuel *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. La implementación del programa de Estocolmo*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

⁷² A este respecto en el mencionado punto 3 del Programa de Estocolmo se señala que:

«La Unión deberá seguir aumentando la confianza mutua en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, estableciendo derechos mínimos en caso necesario para el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, y estableciendo unas normas mínimas relativas a la definición del delito penal y la sanción penal...»

Cabe señalar que la Unión trabaja en una aproximación y armonización jurídica general de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados que integran la UE que no está limitada al aspecto penal, sino que incluye todos los ámbitos del Derecho, incluyendo, por tanto, además del Derecho Penal, el Derecho Civil, Administrativo, el Procesal (ver punto 3 *in fine*).

para aquellos casos en los que se requiera el auxilio de órganos judiciales de otros Estados de la Unión (punto 3.1 PdE)⁷³. Sobre esta base, el Consejo Europeo consideró necesario invitar a la Comisión Europea a profundizar el trabajo en determinados aspectos, tales como en materia probatoria, a fin de que se modifique el sistema de *«obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a un procedimiento penal»*, mediante exhorto europeo (establecido en la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008), a fin de que en él se integren *«todos los tipos actuales de pruebas»*, así como que disponga de los *«plazos»* pertinentes para que la misma se practique, y se establezcan las necesarias limitaciones a los supuestos de denegación, así como a facilitar la admisión de pruebas a fin de que la cooperación judicial sea efectiva (punto 3.1 PdE). En desarrollo de estas consideraciones el Consejo Europeo propuso a la Comisión Europea, entre otras cosas punto 3.1.1 PdE):

– Que se estudien fórmulas que permitan a las autoridades de un Estado obtener rápidamente información de entidades privadas o públicas de otro Estado miembro sin la necesidad de tener que *«recurrir a medidas coercitivas o tener que recurrir a las autoridades judiciales del otro Estado miembro»*.

– Que se estudien fórmulas que garanticen la eficacia y la protección jurídica de las personas en los procedimientos de entrega.

– Que se estudien fórmulas que permitan solventar los problemas legales y administrativos que impiden *«la ejecución transfronteriza de las sanciones y decisiones administrativas en materia de tráfico»*.

– Que se contemplen mecanismos que permitan el intercambio sistemático de información, así como el mutuo reconocimiento de las inhabilitaciones, personales, profesionales, comerciales, industriales.

Por otro lado, en materia de reforzar la confianza mutua entre los distintos Estados que permitan consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Programa de Estocolmo buscó potenciar la formación común de magistrados, fiscales y personal judicial. También valoró la necesidad de desarrollar redes comunes de contactos entre magistrados, fiscales altos funcionarios tales como jefes superiores de policía, los directores y jefes de los centros de formación, los jefes de las administraciones penitenciarias o los directores de los servicios de aduanas (punto 3.2.2 PdE). Así mismo, valoró la necesidad de promover *«el intercambio de buenas prácticas y el desarrollo de las Reglas penitenciarias*

⁷³ En el punto 3.1 PdE se establece que:

«El Consejo considera que debe proseguirse la creación de un sistema general para obtener pruebas en los casos con dimensión transfronteriza, basado en el principio de reconocimiento mutuo.»

europas» lo que incluye buscar alternativas a la pena privativa de libertad o de gestión penitenciaria (punto 3.2.6 PdE). Se buscó, además, como ya se apuntó, la necesidad de desarrollar una aproximación y armonización de las diferentes legislaciones internas, a través de la aprobación de un conjunto de normas mínimas comunes que permitan superar la gran disparidad normativa existente en los Estados miembros, en especial en lo referente a la tipificación de las conductas punibles y a los márgenes mínimos comunes para las penas y sanciones máximas para los casos de delincuencia grave y criminalidad organizada que tengan una dimensión transfronteriza (punto 3.3), como se hiciera años atrás en materia de terrorismo conforme lo hemos visto en páginas anteriores.

En materia de seguridad interior se consideró que debe asumirse como una función prioritaria del Comité permanente de Cooperación operativa (COSI) el desarrollo supervisión y aplicación de la Estrategia de seguridad interior (punto 4.1 PdE); la formación de una cultura común policial europea a partir del intercambio de experiencias y buenas prácticas, la formación y ejercicios conjuntos (punto 4.2.1 PdE); la creación del modelo común que simplifique y facilite el intercambio de información e inteligencia entre los cuerpos y servicios de seguridad de los Estados miembros (punto 4.2.2 PdE); la modernización de las herramientas tecnológicas que permitan alcanzar los máximos niveles de seguridad en las redes así como de la información a través de la prevención, preparación y recuperación de las infraestructuras críticas frente a los ciberataques (punto 4.2.3 PdE).

En materia de cooperación policial se pretendió buscar nuevas fórmulas que posibiliten el traslado y la distribución de la información vía Europol; mejorar la cooperación operativa a través de sistemas de comunicación compatibles entre los distintos cuerpos de policía, así como regular e intensificar el uso de agentes infiltrados; posibilitar el intercambio de información entre Europol, Eurojust y Frontex; establecer normas comunes que regulen la actuación de la policía científica que permitan «*desarrollar prácticas idóneas en las investigaciones en el lugar del delito*»; o, la presentación de un Código de cooperación policial que simplifique los procedimientos e instrumentos existentes (punto 4.3.1 PdE).

En materia de lucha contra la delincuencia se apuntaron distintas medidas. En primer lugar, de carácter preventivo a través de la realización de estudios multidisciplinarios que permitan apreciar las estrechas relaciones existentes entre la delincuencia local, la delincuencia organizada y sus dimensiones, proyecciones y consecuencias transfronterizas (punto 4.3.2 PdE). En segundo lugar, dirigidas a mejorar la protección contra la delincuencia en sus formas graves y organizada impulsando el establecimiento de una estrategia común contra la delincuencia organizada (punto 4.4.1 PdE), priorizando dentro de ella a la trata de seres humanos (punto 4.4.2 PdE); la explotación sexual de

menores y la pornografía infantil (punto 4.4.3 PdE); la ciberdelincuencia (punto 4.4.4 PdE); la delincuencia económica y la corrupción (punto 4.4.5 PdE); el tráfico de drogas (punto 4.4.6); el terrorismo (punto 4.5 PdE).

Vemos pues, que con el Programa de Estocolmo se terminan de sentar las bases de la línea establecida tanto en el Tratado de Lisboa, como en la Decisión Marco 2009/299/JAI y la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, de intentar encontrar el equilibrio, de un lado, de la necesaria efectividad en la lucha contra la delincuencia y, de otro lado, la necesaria eficacia de los derechos del debido proceso a partir de buscar establecer un sistema general y común para todos los Estados miembros, o a través del intento de aproximar la actuación de los jueces, fiscales, policías, hacia normativas, procedimientos y prácticas comunes.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad se está produciendo en el marco de la UE un importante proceso de aproximación y armonización legislativa, así como de disposiciones, resoluciones, prácticas y vías de hecho en materia penal y procesal penal, cooperación policial y judicial que permita continuar en la construcción de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. En dicho proceso se viene buscando establecer en los ámbitos penal y procesal unas definiciones comunes, unos tipos penales y sanciones máximas comunes, unos derechos mínimos aplicables durante la investigación policial y en el proceso judicial o el cumplimiento de las sanciones, así como unos contenidos mínimos para estos.

Prueba de ello lo encontramos en las siguientes directivas que ya han sido transpuestas al ordenamiento jurídico interno español o están en proceso de serlo:

- 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.
- 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.
- 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.

– Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio

– Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

– Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

Todas estas directivas tienen como elemento común que buscan reforzar distintas reglas del debido proceso de forma que las garantías procesales penales sean comunes en todo el territorio de la Unión dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia que permita a todo ciudadano de la Unión que pueda viajar, residir y trabajar en cualquier Estado miembro disfrutar de unas garantías procesales semejantes a las de su propio Estado, así como reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros a fin de garantizar la eficacia del reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales, así como de las demás fórmulas de cooperación policial y judicial.

Ahora bien, llegar a este punto que permita aproximar y armonizar las normas, disposiciones, procedimientos, resoluciones y garantías en materia penal ha requerido un trabajo lento, complejo y progresivo, por cuanto la UE no siempre tuvo ni las competencias, ni la voluntad para conformar dicho espacio de libertad, seguridad y justicia. Por el contrario, la UE ha pasado por distintas etapas hasta llegar a la actual, lo que no significa que el trabajo esté terminado, pues falta mucho para ello. Sin embargo, debemos conocer las distintas etapas pasadas ya que ello nos permitirá entender el por qué y cómo hemos llegado a este punto.

Así, la UE partió de una primera etapa en la que los tratados fundacionales y las instituciones comunitarias actuaban centradas en la formación de un mercado común y ajenos a las actividades delictivas graves, el terrorismo, el tráfico de drogas, la delincuencia organizada las cuales eran consideradas como un problema de índole interno de los Estados en el que las instituciones europeas no debían actuar. Sin embargo, ante la gravedad de la actuación de grupos terroristas se comienza, a partir de 1975 con la reunión del denominado grupo de Trevi, a producir determinados acuerdos puntuales bajo la fórmula de

cooperación intergubernamental a fin de coordinar actuaciones contra esta actividad delictiva. Posteriormente, en segundo lugar, se pasó a una etapa en la que se introdujeron fórmulas de cooperación reforzada en la que se inician de forma incipiente distintas vías de cooperación policial y de intercambio de información especialmente a través del Acuerdo y el Convenio de Schengen y la Convención de Dublín. En este periodo todavía no se establecen mecanismos de garantía frente a los posibles excesos o el uso arbitrario de las facultades y atribuciones que acarrearán la puesta en práctica de los antes mencionados Acuerdo y Convenio de Schengen, así como de la Convención de Dublín.

La tercera etapa se inicia con el Tratado de Maastricht, en el cual se introduce el denominado tercer pilar vinculado a la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior (JAI). En esta etapa se prosigue con la vía de la cooperación policial como por ejemplo con la creación de Europol como oficina de intercambio de información policial, pero se inician, también tímidamente, vías de cooperación judicial tanto civil como penal. Con el Tratado de Ámsterdam el tercer pilar es denominado como espacio de libertad, seguridad y justicia, pero se siguió con la dinámica de cooperación policial, judicial y de intercambio de informaciones, sin poner énfasis todavía a la necesidad de garantizar los derechos de las personas afectadas por las medidas. En el Programa de Tampere (1999) se hace especial mención a que junto a la necesidad de avanzar en encontrar mecanismos que permitan profundizar en la eficacia de las medidas de cooperación policial y judicial, se deben encontrar fórmulas que permitan a los ciudadanos que puedan hacer valer sus derechos por igual en cualquiera de los Estados de la Unión en los que se encuentren. Estas propuestas de ahondar en la protección de derechos en el ámbito de la UE se ven paralizadas, en especial, como resultado de los atentados de Nueva York de 2001 y Madrid 2004 y Londres 2005. Debemos recordar que la Carta de Derechos Fundamentales recibió una primera proclamación en el año 2000 sin que sus contenidos se integraran en los tratados.

Como resultado de tales atentados se inicia la cuarta etapa en la que los esfuerzos de la UE se centran en alcanzar la mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave transnacional, a través de potenciar fórmulas de cooperación de cooperación policial y judicial y de reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales, sin que se pusiera mayor énfasis en las vías de protección y garantías de los derechos en tales actuaciones y procedimientos.

Por último, encontramos la quinta etapa, que se inicia con el Tratado de Lisboa el cual da valor de tratado fundacional a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y reconoce a los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos como principios generales del Derecho de la Unión,

debiendo asumir tales derechos una trascendental proyección sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. En dicho espacio se mantienen las fórmulas de cooperación policial y judicial, pero se pone mayor énfasis en el reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales. Tres elementos resultan clave para entender el cambio hacia la protección de los derechos de los sospechosos y procesados en los procesos de naturaleza penal. El primero, es la consideración de que los ciudadanos deben poder circular y residir libremente en todos los Estados de la UE y deben poder contar con las mismas garantías jurisdiccionales y de debido proceso en todos ellos. El segundo, es que para que el reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales sea efectivo todos los Estados deben contar con niveles de garantías semejantes a fin de que las distintas autoridades judiciales puedan confiar en las resoluciones y sentencias de otros Estados y no se nieguen a dar cumplimiento a las órdenes de entrega, lo que implica necesariamente una aproximación o armonización de las normativas, procedimientos y prácticas, de todos los Estados miembros a los efectos de que las garantías y derechos del proceso sean eficaces. El tercero, es el carácter transversal que asumen los derechos fundamentales de la UE que se proyectan a toda la legislación, las disposiciones, resoluciones, actuaciones y vía de hecho de la UE.

Es en esta nueva línea de actuación que se deben entender la Decisión Marco 2009/299/JAI, y, en especial, la Resolución del Consejo del 30 de noviembre de 2009 y el Programa de Estocolmo que vienen a fundamentar las Directivas dictadas en los últimos años destinadas a mejorar las condiciones del debido proceso aproximando o armonizando la legislación, los procedimientos y las prácticas llevadas en virtud del espacio de libertad seguridad y justicia. Así estas Directivas sobre las que gira este monográfico han abordado temas tales como el derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; o, el derecho a la información en los procesos penales; o, el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, así como sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento que se produzca una la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Estas Directivas también dispusieron, el refuerzo en el proceso penal de determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; o, las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; o la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

II

LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO Y LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2013/48/UE

JUAN CARLOS GAVARA DE CARA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. *La influencia de la Directiva 2013/48/UE en la configuración del derecho a la asistencia letrada y su transposición en el ordenamiento jurídico español.*—II. *Las consecuencias para la distinción entre asistencia letrada al detenido y asistencia letrada en el proceso como manifestación del derecho de defensa.*—III. *La introducción del estatuto del investigado en el derecho de defensa y la ausencia de diferencias a efectos de la asistencia letrada al detenido.*—IV. *La ampliación del contenido y del ámbito material de actuación en la asistencia letrada al detenido.*—V. *La equiparación de los derechos de los detenidos o personas en prisión provisional con los derechos del investigado.*—VI. *La confidencialidad entre letrado y cliente en la asistencia letrada al detenido.*—VII. *La renuncia a la asistencia letrada.*—VIII. *Las excepciones y restricciones temporales al derecho a la asistencia letrada.* 8.1 *Las limitaciones al acceso a las actuaciones procesales en la asistencia letrada.* 8.2 *Las limitaciones en la asistencia letrada conectadas a la detención incommunicada.*—IX. *Conclusiones: un cambio de orientación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

I. LA INFLUENCIA DE LA DIRECTIVA 2013/48/UE EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA Y SU TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La Directiva 2013/48/UE relativa al derecho de acceso a un abogado en procedimientos penales y en procedimientos de la orden de detención europea, y sobre el derecho a informar de la privación de libertad a una tercera persona, así como de comunicarse con terceras personas y las autoridades consulares en el curso de la privación de libertad ha sido objeto de transposición en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹.

El objeto de este trabajo es comprobar los mecanismos normativos que se han utilizado y el impacto que puede suponer para otros preceptos y para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 17.3 CE («Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca»). En todo caso, el artículo 14 de la Directiva 2013/48/UE establece la cláusula de no regresión, de forma que ninguna disposición suya 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 inter-

¹ La bibliografía sobre la Directiva, sus antecedentes y temas interrelacionados a su contenido es amplia, *vid.* ARANGÜENA FANEGO, C., «El Derecho a la asistencia letrada. Nuevos pasos para su garantía en la Unión Europea», en GÓMEZ COLOMER, J. L. y otros, *El Derecho Procesal Español del S. XX a golpe de tango: Liber Amicorum a Juan Montero Aroca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; ARANGÜENA FANEGO, C., «El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE», *Revista General de Derecho Europeo* 32, 2014; CALDERÓN CUADRADO, M. P., «Los derechos de la defensa. Una visión crítica de su reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea», en De la Oliva Santos, A. (Dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Cóllex, Madrid, 2008, pp. 81-116; FAGGIANI, V., «El derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo* 33, 2014; PALOMO HERRERO, Y., «Derecho de asistencia letrada del imputado», en Jimeno Bulnes, M. (ed.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un Derecho Procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014, pp.175-199; JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas, Madrid, 2011; RIOJA GARCÍA, M., «El Tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de la cooperación judicial penal», *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 4, 2009, pp. 5-17; SANZ HERMIDA, A., «La armonización del derecho a la asistencia letrada de sospechosos y acusados en el espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista General de Derecho Procesal* 32, 2014, entre otros.

nacional o de la normativa de los Estados miembros que garantice un nivel de protección más elevado².

La Directiva 2013/48/UE, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y sobre el derecho a la información y comunicación con terceros y autoridades consulares en el momento y durante la privación de libertad (en adelante Directiva 2013/48/UE), nace como consecuencia de la Resolución adoptada el 30 de noviembre de 2009 por el Consejo por la que se estableció un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos y acusados en los procesos penales³. Dicho plan reclamaba la adopción gradual de medidas relativas al derecho a la traducción e interpretación, el derecho del sospechoso o acusado a ser informado de sus derechos y de la acusación, el derecho a la asistencia letrada y asistencia jurídica gratuita, y el derecho a la comunicación con familiares, empleadores y autoridades consulares. Asimismo, contemplaba el establecimiento de salvaguardias especiales para aquellos sospechosos o acusados que fueran personas vulnerables.

El Plan de trabajo fue acogido por el Consejo Europeo el 11 de diciembre de 2009 y se incorporó al Programa de Estocolmo⁴. En virtud del mismo, se

² Estas cláusulas de no regresión han de servir para procurar no solo mejores estándares de protección por parte de los Estados miembros, sino también a compromisos de no minoración (*non regression*) de los avances producidos en el reconocimiento mutuo de derechos e instrumentos específicos de cooperación judicial en la Justicia penal, *vid.* LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El legislador europeo en materia de cooperación judicial en la Justicia penal, *vid.* LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El legislador europeo en materia de cooperación judicial en la Justicia penal en la UE», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32, 2013, p. 190. Sobre la articulación del espacio europeo de justicia penal sobre la base del reconocimiento mutuo, fundamental FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 127 y ss.

³ Sobre el proceso comunitario de articulación de la presente Directiva dentro de la cooperación en materia procesal penal y garantías procesales, *vid.* JIMENO BULNES, M., «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2014, núm. 48, pp. 443-489; LÓPEZ AGUILAR, J. F., «El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE», *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, p. 13-74. Sobre la Decisión Marco, ARANGÜENA FANEGO, C., «El derecho a la asistencia letrada en la propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea», en AA.VV., *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea = Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, coord. por Coral Arangüena Fanego, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 87-118 y ARANGÜENA FANEGO, C., «La armonización de las garantías procesales de los sospechosos e imputados en los procesos penales en la Unión Europea: un fallido intento en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia», en AA. VV., *Rigor doctrinal y práctica forense. Liber Amicorum José Luis Vázquez Sotelo*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 109-136.

⁴ En general, sobre la implementación del programa de Estocolmo, *vid.* GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.

han dictado diversas directivas, incluida la Directiva 2013/48/UE, cuya transposición es ahora objeto de análisis, así como otras posteriores.

La Directiva establece normas mínimas relativas al derecho a la asistencia de letrado en procesos penales y en los procesos de ejecución de una orden de detención europea, conforme a la Decisión Marco 2002/584/AI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, al 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. De este modo se promueve la aplicación de los artículos 47 y 48 CDFUE (en los que se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa)⁵, del artículo 6 CEDH (en el que se establece que todo acusado tiene derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan)⁶, y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que prevé que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a la garantía mínima de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección). Estos preceptos consagran el derecho a un juicio imparcial y el respeto de los derechos de defensa, todo ello conforme a la jurisprudencia del TEDH que 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, y, paralelamente, el letrado del sospechoso o acusado debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa.

⁵ En relación con los artículos 47-50 CDFUE, *vid.* GARCÍA RIVAS, N., «La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, pp. 13 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, M. P., «Los derechos de defensa. Una visión crítica desde su reconocimiento en el ámbito de la Unión europea», *op. cit.*, p. 81-116, en especial p. 109 y ss. En general sobre los derechos mencionados, p. 21 y ss.; MUERZA ESPARZA, J., «Derechos de la defensa», p. 149-169, en especial pp. 155 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, M. P., «La dimensión europea de los derechos de la defensa, tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», p. 173-238 y ARANGÜENA FANEGO, C., «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», pp. 287-332, todos 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*, Aranzadi & Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

⁶ ARANGÜENA FANEGO, C., «Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica, a la asistencia jurídica gratuita [art 6.3.c) CEDH]», en García Roca, J. y Santolaya, P. (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª ed., CEPC, Madrid, 2014, pp. 431 y ss.

Esta Directiva se orienta a superar dentro de la cooperación judicial en materia penal el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales a través de una armonización o aproximación legislativa basada en estándares mínimos de protección o incluso estándares comunes de protección en todos los Estados miembros que faciliten la aplicación de garantías procesales a sospechosos o acusados⁷.

La importancia de esta regulación en materia de derecho de asistencia letrada justifica la adopción de medidas de aproximación legislativa debido al cambio de prioridad operado tras la firma del Tratado de Lisboa (el artículo 82.2 TFUE prevé el establecimiento de normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario relativas a los derechos de las personas durante el procedimiento penal, sin impedir que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas), en comparación a la época anterior en la que el objetivo a cumplir era la lucha contra la delincuencia a través de los instrumentos de cooperación judicial⁸.

En el ordenamiento español, la transposición de la Directiva 2013/48/UE se ha hecho operativa a través de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante la cual se transpone al ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea. Esta Ley Orgánica fundamentalmente modifica los artículos 118, 509, 520 y 527 e introduce un nuevo artículo 520 ter en la LECrim, que entraron en vigor el 1 de noviembre de 2015⁹. El artículo 15

⁷ JIMENO BULNES, M., «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», *op. cit.*, p. 449-450. Sobre la articulación del espacio europeo de justicia penal en base a directivas de mínimos, básico FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

⁸ Por todos, ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión europea tras el Tratado de Lisboa», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 313-386; JIMENO BULNES, M., «Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal», en Arangüena Fanego, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 29 y ss. Asimismo, JIMENO BULNES, M., «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», *op. cit.*, p. 453.

⁹ En general, sobre la transposición, *vid.* GONZÁLEZ PALMERO, F., «La asistencia letrada al detenido tras la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal contenida en las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y 13/2015, de 5 de octubre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2015, pp. 37-50; GARCÍA MOLINA, P., «La transposición de la Directiva 2013/48/UE en lo que respecta al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales a la luz del anteproyecto de ley orgánica de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35, 2015; GONZÁLEZ MONTES SÁNCHEZ, J. L., «Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de

de la Directiva 2013/48/UE establece en la cláusula de transposición que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 27 de noviembre de 2016, en caso de que no se hubiera llevado a cabo la transposición, la directiva podía haber sido invocada en su efecto directo vertical¹⁰.

Las principales novedades de la LO 13/2015 se refieren a la modificación del artículo 118 LECrim y se reconoce que toda persona a quien se atribuya (en lugar del anterior impute, lo que genera el nuevo estatuto del investigado) un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones a través de los letrados¹¹. Este derecho de intervenir en las actuaciones se reconoce expresamente que existe desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena. Además se reconoce explícitamente el derecho del investigado a examinar las actuaciones con anterioridad a que se le tome declaración, frente a la precedente regulación que se limitaba a exigir para el ejercicio de ese derecho el examen de las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, y junto al derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no se desea hacerlo, añadiendo el derecho a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. Como parte esencial del derecho de defensa se reconoce el derecho a la asistencia de un abogado de libre designación, se establece la entrevista reservada entre el investigado y su letrado, que puede tener lugar antes de la declaración policial, ante el Fiscal o ante el Juez de instrucción y en el apartado 4 se regula el régimen de comunicación entre el investigado y su letrado, reconociendo su carácter confidencial, con las limitaciones previstas en el propio apartado.

Por otra parte, se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 509 LECrim que regula la detención o prisión incomunicadas, y se introduce un nuevo apartado 4 que prohíbe la detención incomunicada para los menores de dieciséis.

las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Núm. 17, 2015; RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48 y a la LO 13/2015», *Jueces para la democracia*, núm. 91, 2018, pp. 51-91; VALBUENA GONZÁLEZ, F., «Las directivas europeas en materia de derecho de interpretación y traducción, información y asistencia letrada: directiva relativa al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales», en AA.VV., *Espacio judicial europeo y proceso penal*, coord. por Rodrigo Miguel Barrio; Mar Jimeno Bulnes (dir.), Tecnos, Madrid, 2019, pp. 249-261.

¹⁰ Este efecto directo vertical recientemente se ha admitido por el TC, ya que ha tenido consecuencias en la materia al admitir la aplicación directa de la Directiva 2012/13/UE debido a que no había sido objeto de transposición en el momento temporal del caso, *vid.* STC 13/2017 FJ 6 y 7.

¹¹ Un resumen de dichas modificaciones en SANJURJO RÍOS, E. I., «El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculcado», en AA. VV., *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, coord. por Cristina Alonso Salgado; Raquel Castillejo Manzanares (dir.), Atelier, Barcelona, 2019, pp. 131-133.

En conexión con este precepto, se reforma el artículo 527 LECrim, sobre los derechos del detenido o preso incomunicado, estableciéndose de forma expresa que podrá ser privado del derecho a la designación de abogado de confianza, del derecho a comunicarse con terceras personas, del derecho a la entrevista reservada con su letrado y por último, del derecho de acceder él o su abogado a las actuaciones, con la salvedad de que sí podrá acceder a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

II. LAS CONSECUENCIAS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO Y ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

En principio, a partir de las modificaciones realizadas como consecuencia de la Directiva 2013/48/UE, toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa y de asistencia letrada sin más limitaciones que las previstas en la ley, fijándose como marco temporal para el ejercicio de este derecho desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena¹². En consecuencia, la diferencia y separación tradicional entre la asistencia letrada al detenido y la asistencia letrada en el proceso o incluso durante la ejecución de la pena queda desdibujada a partir de la transposición de las normas de la Directiva 2013/48/UE.

El artículo 3.1 de la Directiva 2013/48/UE establece el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales que se aplicará a sospechosos y acusados del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica

¹² En general, sobre la asistencia letrada al detenido, *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Asistencia letrada al detenido*, Atelier, Barcelona, 1999, 3.ª ed.; LLERA GUTIÉRREZ, Á. F., *La Asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgado. Visión práctica actualizada*, Editorial Ley 57, Málaga, 2017; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J. R., *La asistencia letrada y diligencias policiales-prejudiciales*, Tecnos, Madrid, 2014; CARBALLO ARMAS, P. «La progresión de los derechos fundamentales: el caso de la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales», *Revista del poder judicial*, núm. 64, 2001, pp. 15-42; BLASCO SOTO, M. C., «El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, Núm. 14, 2008, pp. 249-291; NAVARRO VILLANUEVA, C., «La nueva regulación del derecho a la asistencia letrada durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad», AA.VV., *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, coord. por Mar Jimeno Bulnes, Julio Pérez Gil, JM Bosch, Barcelona, 2016, p. 787-801; RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48 y a la LO 13/2015», *op. cit.*, pp. 51-91; SANJURJO RÍOS, E. I., «El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculpado», *op. cit.*, p. 131 y ss. En Derecho norteamericano, SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «El derecho de defensa y la asistencia letrada en el proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 39, 2015, pp. 25-50.

y de manera efectiva. En el apartado 2 se establece que el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada. En cualquier caso, el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado 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.

La Directiva impone a los Estados miembros el deber de asegurarse de que los sospechosos o acusados tengan derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada, y en cualquier caso debe concederse a los sospechosos o acusados la asistencia de letrado antes y durante el proceso penal ante un tribunal, siempre que no hayan renunciado a ese derecho. A efectos de la Directiva, no se incluyen los interrogatorios preliminares que efectúen la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad con el propósito de identificar a la persona de que se trate, comprobar la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares, o determinar si debe abrirse una investigación, por ejemplo, en el transcurso de un control de carreteras, o con motivo de controles aleatorios rutinarios cuando no se haya identificado aún al sospechoso o acusado (conductas previstas en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana como la retención a efectos de identificación). Cuando una persona interrogada como testigo se convierta en sospechoso o acusado debe gozar de protección contra la autoinculpación y tener el derecho a guardar silencio, según la jurisprudencia del TEDH, suspendiéndose de inmediato el interrogatorio, salvo si se ha informado al interrogado de que es sospechoso o acusado y si puede ejercer plenamente los derechos que se otorgan en la Directiva (art. 2.3 de la Directiva 2013/48/UE).

El artículo 2.4 de la Directiva 2013/48/UE establece que esta normativa se aplicará a los procedimientos ante un tribunal competente en materia penal con respecto a las infracciones leves, salvo que se disponga la imposición de sanciones por parte de una autoridad distinta de un tribunal competente en materia penal y la sanción no pueda ser objeto de recurso o remitirse a este tipo

de tribunal, o que no pueda imponerse como sanción la privación de libertad. En cualquier caso, la 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. En consecuencia, se excluye de forma expresa del ámbito objetivo de aplicación de la presente Directiva aquellos procedimientos instados ante autoridades de ordinario administrativas en el curso de imposición de sanciones por infracciones de esta índole de carácter leve.

La Directiva establece su aplicación en las diligencias policiales para el caso de que la persona interrogada adquiera la condición de «sospechosa» (investigada) en sintonía con la doctrina del TEDH en el caso *Salduz v. Turquía* que establece como irrelevante la calificación formal recibida en términos procesales a efectos de asistencia letrada¹³. En consecuencia, la Directiva se aplica desde el primer momento en que proceda la declaración policial como sospechoso y concluye con la finalización definitiva del proceso penal mediante sentencia firme, así como la correspondiente fase de ejecución de sentencia para el caso de que tenga lugar privación de libertad¹⁴.

Esta ausencia de diferenciación y separación entre detención y procesamiento a efectos de la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE debe examinarse desde una perspectiva constitucional. La STC 196/1987 ha declarado que la asistencia letrada prevista en el artículo 17.3 de la CE y reconocida al detenido en las diligencias policiales tiene un contenido distinto, como garantía del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), al contenido de la asistencia letrada reconocida en el artículo 24.2 de la CE en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido¹⁵. La CE reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto al detenido como al acusado, pero se hace en preceptos distintos que garantizan derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada por lo que esta doble dimensión impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia

¹³ STEDH *Salduz v. Turquía*, 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 51, 52.

¹⁴ Sobre el derecho de asistencia letrada durante el interrogatorio policial en España en particular BLASCO SOTO, C., «El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal», *op. cit.*, p. 249-291, esp. pp. 278 y ss.; BARONA VILAR, S., «Garantías y derechos de los detenidos», en Gutiérrez-Alviz Conradi, F.-López López, E. (coords.), *Derechos procesales fundamentales, Manuales de formación continuada*, núm. 22-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 51-96, en especial pp. 65 y ss. Desde una perspectiva constitucional, *vid.* GONZALEZ AYALA, M.^a Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención: los derechos del detenido*, Centro de Estudios Constitucionales, 1999. Fundamental sobre la detención preventiva y las garantías interrelacionadas, SOBERANIS SOLÍS, L. M., *La configuración constitucional de la detención preventiva como límite específico al derecho a la libertad personal. Sus consecuencias e incidencia sobre otros derechos fundamentales*, Tesis Doctoral Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2017.

¹⁵ STC 196/1987 FJ 4, así como STC 188/1991 FJ 2; STC 165/2005 FJ 11; STC 339/2005 FJ 4.

letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados artículos 17.3 y 24.2 de la CE¹⁶. El derecho a la asistencia letrada se protege de manera individualizada y autónoma en dos preceptos constitucionales con una distinta función de garantía en atención al bien jurídico protegido, pues se estructura como una garantía del derecho a la libertad personal y como una de las garantías esenciales del derecho de defensa¹⁷.

El TC ha venido proclamando que la finalidad de esta asistencia letrada al detenido es asegurar con la presencia personal del Letrado que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma¹⁸. En cierto modo, se puede deducir que el contenido básico del derecho a la asistencia letrada posee un ámbito material desde la perspectiva constitucional inferior al protegido por la Directiva. En la medida en que su transposición normativa incluya otros contenidos adecuados a la Directiva, se deberían integrar con mayor profundidad en la interpretación constitucional del derecho o por lo menos desdibujar la distinción a efectos de la asistencia letrada en uno y otro derecho.

El artículo 24.2 CE reconoce el derecho a la asistencia letrada en el marco de la garantía al debido proceso, especialmente aplicable en el penal¹⁹, y que en unión con el derecho a la defensa privada o autodefensa del inculpado, trata de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción entre las partes, evitando desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho de defensa que puedan traer como resultado la indefensión²⁰. El TC señaló que, la exigencia de la asistencia letrada tiene una especial proyección cuando se trata del proceso penal debido a la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que ahí se debaten y por las

¹⁶ TRALLERO MASÓ, A., «STC 196/1987, de 11 de diciembre: Derecho de asistencia letrada al detenido en diligencias policiales y judiciales», en AA.VV., *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales comentadas*, coord. por Alberto Dorrego de Carlos, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007, pp. 245-250

¹⁷ STC 252/1994 FJ 4; STC 18/1995 FJ 2. Criterio que se sigue manteniendo en la actualidad, por todas STC 21/2018 FJ 4b.

¹⁸ STC 196/1987 FJ 5; STC 252/1994 FJ 4; STC 199/2003 FJ 4.

¹⁹ STC 196/1987 FJ 5; STC 7/2004 FJ 6.

²⁰ STC 132/1992 FJ 2; STC 18/1995 FJ 2; STC 165/2005 FJ 11.

consecuencias que pueden darse en los bienes jurídicos implicados²¹, lo que no sucede durante la detención. En consecuencia, a los detenidos no les es aplicable el derecho a la defensa y asistencia letrada que el artículo 24.2 CE garantiza a los acusados en un proceso penal²², pudiéndose establecer restricciones y limitaciones distintas e incluso más profundas aplicables a la asistencia letrada al detenido que no serían operativas en el marco de un proceso o encausamiento ya iniciado.

De este modo, la exigencia de la asistencia letrada no tiene un alcance único ni un contenido unívoco en todos los supuestos en que está reconocida constitucionalmente, sino que está vinculada a la diferente función que como garantía constitucional ha de cumplir en cada uno de dichos supuestos²³. En definitiva, se trata de un derecho fundamental estructurado en favor de los detenidos o sospechosos a partir del artículo 17.3 CE, y de los investigados, imputados, encausados o acusados a partir del artículo 24.2 CE²⁴.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha reconocido no sin dificultades que los apartados 1 y 3 del artículo 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) son aplicables a las diligencias prejudiciales, como es el caso de la detención, es decir, a las investigaciones preliminares o en la etapa de custodia policial, en la medida en que la equidad del procedimiento puede verse seriamente afectada por el incumplimiento inicial de tales disposiciones, integrándose entre las garantías del proceso equitativo (debido proceso) de carácter penal, que extienden su protección en la etapa de la custodia policial, el derecho a la asistencia de un abogado en favor del detenido preventivo²⁵. La situación de vulnerabilidad del detenido solo puede ser adecuadamente compensada por la asistencia de un abogado cuya tarea será ayudar a garantizar el respeto del derecho a no autoincriminarse, de forma que se beneficia como garantía del proceso debido de la asistencia de un abogado durante la etapa preliminar de los interrogatorios policiales²⁶. En este sentido, en el sistema

²¹ STC 196/1987 FJ 5; STC 199/2003 FJ 4; STC 165/2003 FJ 11.

²² STC 46/1988 FJ 6.

²³ STC 199/2003 FJ 4.

²⁴ Criterio vigente en la actualidad, incluso apoyándose en tratados Internacionales en la materia, STC 21/2018 FJ 4b.

²⁵ *Vid.* SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 38; *John Murray v. Reino Unido*, 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párrs. 63, 66; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41, 43, 44; *Öcalan v. Turquía*, 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 131; *Salduz v. Turquía*, 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 51, 52; *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 30-31; *Dvorski v. Croacia*, 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 77-78; *Ibrahim y otros v. Reino Unido*, 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 253, 255.

²⁶ Para el TEDH es necesario evaluar la equidad del proceso penal que incluye las actuaciones de investigación preliminar en custodia policial, como interrogatorios o recolección de material probatorio;

europeo se puede concluir que el derecho a la asistencia letrada opera a través de un único derecho a la asistencia letrada que es aplicable tanto a la detención como durante el desarrollo del proceso penal, sin que sean necesarias las diferenciaciones del sistema constitucional español.

Tras la aprobación de la Directiva y en su implementación, no parece admisible que la asistencia letrada de los detenidos del artículo 17.3 CE tenga solo el carácter de garantía del derecho a la libertad personal, sino que es garantía para evitar la indefensión de los detenidos, especialmente teniendo en cuenta la proyección en un posible proceso judicial posterior. En cualquier caso, este desdibujar la separación de la asistencia letrada en uno y otro supuesto no es ajeno a la propia jurisprudencia del TC que ha afirmado que el mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial²⁷, o que la ley procesal penal configura la defensa técnica como preceptiva desde el mismo instante de la detención (art. 17.3 CE) y a lo largo de todo el proceso penal, de forma que se posibilita el ejercicio del derecho de defensa por medio de Abogado²⁸, desde que la persona haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar, o incluso que la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención²⁹.

En cualquier caso, no parece que vaya a cambiar de orientación el TC, pues recientemente sigue considerando admisible la separación entre los dos derechos³⁰, aunque tras los cambios normativos por lo menos se deberían inte-

vid. SSTEDH Jalloh v. Alemania, 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párrs. 95-97; Bykov v. Rusia, 4378/02, Sentencia de 10 de marzo de 2009, párrs. 88-90; Heaney y McGuinness v. Irlanda, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párr. 47; Dvorski v. Croacia, 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 77. Para el TEDH el acceso a un abogado en las primeras etapas es parte de las garantías procesales necesarias contra la autoincriminación. En este sentido, *vid.* SSTEDH Jalloh v. Alemania, 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 101; Panovits v. Chipre, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 66; Dvorski v. Croacia, 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78.

²⁷ STC 229/1999 FJ 2; ATC 38/2004 FJ 3; ATC 75/2003 FJ 2.

²⁸ STC 29/1995 FJ 4.

²⁹ STC 196/1987 FJ 5.

³⁰ STC 13/2017 FJ 4. Con referencias a las STC 196/1987 FJ 4; STC 188/1991 FJ 2; STC 7/2004 FJ 6; STC 165/2005 FJ 11; STC 339/2005 FJ 4; STC 219/2009 FJ 7; STC 220/2009 FJ 7; STC 87/2010 FJ 5.

grar los nuevos contenidos sin que quepa una separación entre las restricciones aplicables a la asistencia letrada en las detenciones y en los procesos penales. En este sentido, es clara una reciente sentencia del TC en la que admite una evidente relación, ya que una efectiva incidencia de una información deficiente acerca de las razones de una detención preventiva de naturaleza penal pueda tener sobre el derecho de defensa frente a una acusación penal solo puede valorarse con una perspectiva más amplia, es decir, la que ofrece el análisis conjunto del desarrollo del proceso penal y el resultado material de una limitación que ha de extenderse, desde luego, más allá del limitado espacio temporal máximo de 72 horas durante el que puede mantenerse la detención policial preventiva y practicarse las diligencias policiales dirigidas al esclarecimiento de los hechos investigados³¹.

III. LA INTRODUCCIÓN DEL ESTATUTO DEL INVESTIGADO EN EL DERECHO DE DEFENSA Y LA AUSENCIA DE DIFERENCIAS A EFECTOS DE LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

La finalidad de la Directiva es establecer normas mínimas comunes en materia de asistencia letrada, tanto para los sospechosos como para los acusados, de forma que directamente se desdibuja la separación de su aplicación a la detención y al procesamiento. Este hecho ha tenido una repercusión directa en el artículo 118 LECrim al modificar el estatuto del imputado, concepto tradicional en la legislación procesal conectado al nacimiento del derecho de defensa, por el estatuto del investigado, que desdibuja la separación entre la detención como manifestación del derecho a la libertad personal y el inicio del proceso conectado al derecho de defensa procesal.

En este sentido, la designación de abogado durante el proceso penal en la llamada fase intermedia (art. 118.3 LECrim) viene presidida por la exigencia de que se designe, incluso de oficio, cuando la causa llegue al estado en que se necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso. No obstante, en la perspectiva introducida por la Directiva 2013/48/UE, el derecho de defensa y designación debe comprender la totalidad de la causa, sin que haya de dejarse a la consideración de que sea preciso el consejo, por lo que esta situación puede provocar la nulidad de actuaciones al producirse indefensión y no existir contradicción. La designación de abogado que ejercite el derecho de

³¹ STC 21/2018 FJ 4b, citando como antecedentes a las STC 188/1991 FJ 2; STC 7/2004 FJ 6, STC 165/2005 FJ 11a; STC 219/2009 y STC 220/2009 ambas FJ 7 y STC 87/2010 FJ 5.

defensa, al margen del de asistencia en la detención, debe producirse siempre y sin demora injustificada.

El artículo 767 LECrim establece que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado». Este precepto fue introducido por la reforma de la LECrim operada por la Ley 38/2002, superando la situación anterior en la que era necesaria la asistencia letrada en la detención y se difería este carácter preceptivo de la asistencia letrada hasta el momento posterior a la apertura del juicio oral.

De todos modos, este precepto sirve como referente normativo, ya que a partir de estos dos preceptos (art. 118.3 LECrim y artículo 767 LECrim) se puede llegar a la conclusión que la separación tradicional entre asistencia letrada al detenido y durante el proceso como derecho de defensa aparece desdibujada a nivel normativo, tanto en la Directiva como en la normativa de transposición de la misma. En consecuencia, se puede deducir con facilidad que se puede traspasar la no diferenciación o separación a la protección constitucional, ya que aunque se plasme en dos preceptos constitucionales distintos, su régimen normativo o las condiciones de su ejercicio no pueden ser distintas en uno u otro supuesto y no deben ir más allá que del momento factual en que se puede concretar las modalidades de la detención o el encausamiento procesal.

En su jurisprudencia vinculada a la tutela judicial, el TC considera que el derecho a la asistencia letrada surge a partir de la privación de libertad por la detención por tratarse de una medida cautelar policial, que sitúa al sospechoso ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal y en una situación de sujeción o compulsión personal en el contexto de garantizar las investigaciones de naturaleza penal³². Desde el comienzo de la detención, la persona sospechosa de haber cometido un delito debe tener la posibilidad de ser asistido por un abogado de su propia elección en esa etapa preliminar y no únicamente durante el interrogatorio, en la medida en que la imparcialidad del futuro proceso puede verse seriamente perjudicada por una ausencia de defensa en la etapa inicial³³. En consecuencia, el TC considera que la defensa técnica está configurada como preceptiva desde el mismo instante de la detención y

³² STC 341/1993 FJ 6; STC 174/1999 FJ 3 y 4; STC 288/2000 FJ 2; STC 53/2002 FJ 6.; STC 224/2002 FJ 2.

³³ STC 153/2013 FJ 4; STC 12/2013 FJ 3. Entre las STEDH *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008, párr. 42; *Parnov v. Moldavia*, 35208/06, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 30.

a lo largo de todo el proceso penal³⁴, no siendo necesaria una diferenciación en el régimen jurídico de la asistencia letrada. En este sentido, parece necesario analizar si en la regulación del régimen jurídico aparecen diferencias significativas en la asistencia letrada en el supuesto de la detención o una vez iniciado el proceso penal. Se puede avanzar que si la respuesta es negativa, no sería necesaria una duplicidad repetitiva de regulaciones tal como sucede en la Directiva o distintos criterios jurisprudenciales a nivel constitucional.

El artículo 118.1 LECrim, regulador del estatuto del investigado, establece que toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa mediante asistencia letrada, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados³⁵. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa. En el último párrafo de este precepto se establece que la información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su 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. El legislador quiere superar la mera lectura formal de derechos y asegurarse con las exigencias que incorpora que el investigado ha comprendido el alcance de sus derechos. La información de derechos debe efectuarse sin demora injustificada para garantizar la posibilidad de realizar las diligencias que se le soliciten o en cuya práctica deba intervenir y quede garantizado el derecho de defensa. El deber de informar sobre los cambios en los hechos objeto del proceso o en la calificación jurídica resulta de la propia dinámica de la investigación, ya que no es infrecuente en la práctica que en el curso de la instrucción los hechos puedan variar desde el momento inicial en el que se ha conocido la *notitia criminis* y una vez depurada la instrucción, perfilarse su tipificación. Esta información está previsto que se facilite mediante una

³⁴ STC 29/1995 FJ 4.

³⁵ En general, sobre el derecho a la información sobre los hechos y las razones que han motivado la detención y su alcance, *vid.* STC 21/2018 FJ 6. Sobre el derecho a ser informado, *vid.* ASECIO GALLEGOS, J. M., «El derecho a ser informado de la imputación», *Jueces para la democracia*, núm. 91, 2018, pp. 92-108 y SANJURJO RÍOS, E. I., «El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculcado», *op. cit.*, pp. 137 y ss.

exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del imputado y aunque no se dice quién debe facilitarla, será el juez de instrucción.

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración³⁶. Este derecho tiene distinto alcance en sede judicial que en sede policial. El detenido conforme al artículo 520 LECrim tiene derecho a examinar los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, en tanto que el investigado tiene derecho a examinar las actuaciones, con la debida antelación en todo caso, con anterioridad a que se le reciba declaración³⁷. La reforma añade que el examen de las actuaciones puede realizarse con anterioridad a prestar declaración, lo que no deja lugar a dudas interpretativas, y por otro lado, se debe conectar con lo dispuesto en el artículo 520.6.b LECrim, que reconoce su derecho a intervenir en las diligencias de declaración. Sin embargo, aún cuando se conozcan los hechos y su calificación jurídica, no puede combatirse una tesis que se ignora o cuyos fundamentos quedan ocultos. En cualquier caso, la información conectada a la detención o a la acusación ha mejorado sensiblemente hasta el punto que el artículo 118.5 LECrim exige que «La admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables».

c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley. El derecho de defensa faculta al encausado a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los demás actos procesales en los que la Ley no excluya su presencia e impugnar las resoluciones desfavorables.

d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527 LECrim.

e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127 LECrim.

³⁶ Sobre el derecho de acceso a las actuaciones, *vid.* SANJURJO RÍOS, E. I., «El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculcado», *op. cit.*, pp. 140 y ss.

³⁷ En general, sobre el derecho a las actuaciones que sean esenciales para impugnar la detención o privación de libertad, *vid.* STC 21/2018 FJ 7.

g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. La disposición derogatoria única de la LO 13/2015 ha derogado el artículo 387 LECrim que establecía que el procesado fuera exhortado a decir verdad y el artículo 395 LECrim que negaba el derecho del procesado a no contestar ante juez incompetente. El silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate. La única manera de garantizar realmente el derecho al silencio no es otra que la de privar a éste de cualquier valoración que perjudique la presunción de inocencia. En consecuencia, guardar silencio no permite deducir en ningún caso un indicio de culpabilidad, ya que el silencio del acusado solo puede ser considerado como un indicio inculpatario cuando ya existe una prueba objetiva de cargo, una evidencia en su contra, sin que sirva para completar una prueba inexistente o insuficiente ya que vulneraría la presunción de inocencia. El TC considera que la versión de los hechos ofrecida por el inculpado constituye un dato que el Juzgador debe tener en cuenta, pero ni aquel tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable³⁸. El artículo 400 LECrim establece que el procesado podrá declarar cuantas veces quiera y el Juez recibirá la declaración si tuviera relación con la causa.

h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. La asistencia letrada tiene la función de que se evite que el detenido o procesado realice declaraciones autoinculpatorias, preservándose así una protección frente a la autoincriminación³⁹.

En esencia, todos estos derechos conectados al estatuto del investigado tienen como eje central la asistencia letrada y la explicación de los derechos para articular un derecho de defensa eficaz y que no sea susceptible de generar indefensión de ningún tipo ni en la detención, ni en el procesamiento. En este sentido, tal como se verá posteriormente, el artículo 118.2 LECrim establece que «El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresa-

³⁸ STC 229/1988 FJ 2; STC 24/1997 FJ 3.

³⁹ STC 252/1994 FJ 4. Asimismo, STEDH Salduz v. Turquía, 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54; Jalloh v. Alemania, 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 101; Magee v. Reino Unido, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 44-45; Martin v. Estonia, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013, párr. 79.

mente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena». Sin embargo, en este precepto interesa sobre todo resaltar que el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 LECrim y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos. En consecuencia, se introduce legalmente la posibilidad de comunicación antes de la primera declaración y posibilidad de asistencia a todas las diligencias previas o que formen parte de la instrucción, de forma que no existe una diferenciación entre la primera declaración y el resto de las actuaciones procesales. El derecho a entrevistarse antes de prestar declaración se ha reformado en los mismos términos que en el artículo 775.1 LECrim, que ya establecía la entrevista previa a prestar declaración del investigado con su letrado en el procedimiento abreviado. El derecho a estar presente en declaraciones, reconocimientos, careos y reconstrucción de hechos se refiere en sentido estricto a «estar presente» en relación al investigado, en tanto que el artículo 520 LECrim reconoce el derecho de intervenir. Una adecuada interpretación de la norma exige admitir una actuación activa del letrado, haciendo preguntas durante las declaraciones o dejando constancia en las diligencias de instrucción que se practiquen de hechos relevantes para la defensa. La mera presencia del letrado no tendría ninguna virtualidad para la defensa, de forma que se tiende a olvidar el papel pasivo de los letrados.

La obligación de la asistencia letrada desde la detención y extensible a todas las fases del proceso penal aparece determinada de forma clara en el artículo 118.3 LECrim que establece que para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo. Hasta cierto punto, el sospechoso o acusado no tiene una opción tal como sucedía en el pasado, ya que si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio si, requerido, no los nombrase, sobre todo cuando la causa llegue a un estado en que se necesite el consejo de aquellos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación. En cualquier caso, esta situación abarca todo el arco temporal desde la detención hasta la finalización del proceso, e incluso se puede extender a la ejecución de la pena.

IV. LA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO Y DEL ÁMBITO MATERIAL DE ACTUACIÓN EN LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

El artículo 520.6 LECrim regula de forma expresa el contenido básico de la asistencia letrada al detenido. La última modificación se adoptó con la finalidad de adecuarse a la Directiva 2013/48/UE. En este sentido, el precepto establece que la asistencia del abogado consistirá en⁴⁰:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de sus derechos establecidos y que se proceda, si fuera necesario, a reconocimiento médico. Este es un elemento básico de la asistencia, ya que si no se hubiese procedido a dicha información se puede proceder a la incoación de un proceso de *habeas corpus* basado en motivos de forma.

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 esta, 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. El TC ha considerado que la presencia del abogado resulta indispensable para la toma de declaración del detenido y para otras diligencias tales como aquellas referidas a reconocimientos, reconstrucciones de los hechos o la toma de muestras biológicas⁴¹. Este contenido implicará el derecho del detenido y de su abogado a ser informados de la causa y de los hechos de la detención, de forma que el letrado podrá examinar los materiales del expediente policial antes de la declaración del detenido. Concretamente se solicitará examinar el atestado o diligencias policiales, salvo que las mismas estén bajo secreto sumarial o que la vista de los datos de las diligencias pueda dar lugar a amenaza grave para la vida o derechos fundamentales, o para defender un interés público importante. Ante la negativa del examen del atestado policial previo a la declaración, o cuando los motivos de dicha negativa generen dudas en el abogado, debería hacerse constar la protesta en

⁴⁰ La asistencia letrada es objeto de una especial protección en nuestro ordenamiento, ya que incluso está previsto un precepto en el Código Penal con la finalidad de evitar que los funcionarios públicos cometan delitos contra este derecho individual. El artículo 537 CP establece que la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

⁴¹ En la medida en que puede evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten, STC 252/1994 FJ 4.

diligencia previa a la declaración y como parte integrante del atestado policial. El letrado debe asegurarse de que se trata de la primera diligencia policial en la que intervenga el detenido a nivel personal (y no cualesquiera otras relacionadas con el delito perseguido, tales como la información de derechos, prueba de alcoholemia o diligencia de registro, entre otras), así como que al detenido le han sido leídos sus derechos y asesorarle sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio y comunicar a un tercero su situación de privación de libertad y, en caso de ser extranjero, a comunicarlo a las autoridades consulares. Asimismo el detenido tiene derecho a que se le entregue por escrito una declaración de sus derechos, que podrá conservar en su poder.

c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras de ADN el juez instructor, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que han de ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

d) Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 LECrim⁴². Este precepto debe conectarse con el artículo 775.1 LECrim que establece de forma expresa que tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 527 LECrim. Este derecho supondrá un cambio de criterio en la jurisprudencia del TC, ya que al analizar lo dispuesto por el artículo 520.6 LECrim señaló que la entrevista reservada con el abogado debía ser posterior a la declaración, y al respecto no cabía una interpretación en el sentido de que la entrevista pudiera ser previa pues tal interpretación no solo iría más allá de lo que establecía el precepto, sino que además sería contraria a su contenido esencial⁴³. El TC afirma que la exigencia de asistencia letrada al detenido al tiempo de prestar declaración en sede policial, con absoluta libertad del Letrado para intervenir en la práctica de dicha diligencia cuidando de que sean respetados en su integridad los derechos de su defendido, haciendo las observaciones que juzgara oportunas y denunciando ante las autoridades judiciales competentes

⁴² Sobre el derecho a la entrevista previa con el letrado, *vid.* SANJURJO RÍOS, E. I., «El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculpa-do», *op. cit.*, pp. 134 y ss.

⁴³ ATC 23/2006 FJ 2.

aquellos comportamiento policiales que, en su caso, pudieran resultar lesivos de tales derechos, constituyen prevenciones que respetan escrupulosamente el contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 17.3 CE, sin que pueda considerarse que la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre el detenido y su Abogado afecte a dicho contenido esencial.

Con anterioridad a esta reforma, la asistencia letrada al detenido prevista en la ley consistía en solicitar que se le informara de sus derechos y que se procediera a reconocimiento médico, y en solicitar de la policía o del juez de instrucción una vez finalizada la diligencia en que el abogado hubiera intervenido, la aclaración o ampliación de los extremos que considerase convenientes así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que hubiera tenido lugar durante su práctica, así como la entrevista reservada del letrado con el detenido al terminar la declaración, es decir, no estaba prevista con antelación a dicha declaración.

Estas modificaciones, consecuencia de la transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada, pretenden conseguir garantizar que el detenido o investigado tenga acceso al máximo de información desde que se inicia las actuaciones, así como reforzar los derechos que le asisten en la relación con su letrado y garantizar la confidencialidad de sus comunicaciones o entrevistas.

Las novedades consisten en establecer la intervención del abogado en las diligencias de declaraciones del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de hechos, con la posibilidad de solicitar ampliaciones y dejar constancia en acta de incidencias; informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten y ampliar la entrevista reservada con el detenido, que puede tener lugar antes de prestar declaración policial, ante el fiscal o judicial. Recuérdese que la entrevista previa únicamente estaba admitida en sede judicial, en el artículo 775 LECrim.

Frente a la tradicional mera presencia pasiva del Letrado, con una finalidad de garantía de derechos, básicamente la legalidad de la detención y el respeto a la integridad física, se regula de modo novedoso su intervención activa en estas diligencias policiales, a las que el letrado no solo asiste sino en las que tiene la posibilidad de actuar. La entrevista previa a prestar declaración con su letrado supone reforzar el derecho de defensa en tanto en esa entrevista previa ya se produce un asesoramiento previo a la declaración.

Este derecho a entrevistarse con el letrado antes de la primera declaración es una consecuencia directa del artículo 3.3.a de la Directiva 2013/48/UE que

establece que el derecho a la asistencia de letrado implicará que el sospechoso o acusado tenga 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. En consecuencia, se ha adoptado el artículo 520.6.d LECrim, que establece el derecho a entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 LECrim. Se trata de una de las principales novedades introducidas, ya que con anterioridad no se contemplaba la posibilidad de entrevista anterior a la declaración policial, sino en todo caso la posterior a la misma. En esa entrevista incluso se puede comentar la denuncia o atestado con el cliente antes de la declaración, ya que sería un absurdo que se tenga acceso a dichos documentos si no es para comentarlos con el cliente. En caso de que no se impida dicho comentario con el cliente se puede dejar constancia, en virtud del artículo 520.6.b LECrim, en el acta el impedimento realizado para poder impugnar las actuaciones llevadas a cabo. Evidentemente este contenido básico también deberá integrarse entre los principios de la jurisprudencia del TC en la materia.

Asimismo, normativamente se incluye el principio de la libre elección de letrado, ya que el artículo 520.5 LECrim establece que el detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho. El principio de la libre elección o designación de abogado ha sido reconocido con primacía sobre la designación de oficio por el TC⁴⁴. La asistencia letrada, libremente designada o asignada de oficio constituye una exigencia estructural del proceso a cuya observancia quedan obligados los órganos judiciales, de modo que la libre designación de Abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente lícito, perseguido, debe siempre primar sobre la asignación de oficio⁴⁵. En el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan solo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquel, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o

⁴⁴ STC 339/2005 FJ 5, con antecedentes en STC 216/1988 FJ 2, STC 130/2001 FJ 3, STC 165/2005 FJ 11.

⁴⁵ STC 339/2005 FJ 5.

no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención⁴⁶. La única situación en la que Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido o preso contemplada en el artículo 527 a LECrim, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el TC en la STC 196/1987, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos⁴⁷.

El procedimiento de designación de letrado es simple, ya que la autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del designado por el detenido para asistirle a los efectos de su localización y transmisión del encargo profesional o, en su caso, le comunicará la petición de nombramiento de abogado de oficio. Si el detenido no hubiere designado abogado, o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio. 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. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

En consecuencia, el abogado designado debe acudir al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo, reduciéndose el anterior plazo de ocho horas previsto en la ley, aunque hasta cierto punto el procedimiento no prevé con claridad la libre elección o designación del abogado. Se regulan además expresamente las consecuencias de la falta de comparecencia del letrado en el plazo pautado, estableciéndose que se designará un letrado de oficio, además de la posible responsabilidad disciplinaria del letrado incompareciente. Pueden plantearse en la práctica supuestos en los que no es posible conciliar la previsión del artículo 520.2.c), que reconoce el derecho a la asistencia sin demora injustificada del letrado designado con el cumplimiento del plazo de personación del letrado.

El abogado de la defensa podrá estar presente en todas las declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de los

⁴⁶ STC 216/1988 FJ 2, STC 18/1995 FJ 3, STC 130/2001 FJ 3.

⁴⁷ STC 339/2005 FJ 5.

hechos, incluso en las fases posteriores a la inicial detención. La Directiva 2012/13/UE parece dirigirse a posibilitar el acceso del abogado a todas las pruebas materiales, incluso en toda la fase de detención policial, ya que el Considerando 30 establece que los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, deben ponerse a disposición de ésta o de su abogado 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 cualquier caso, si no se permite el acceso a los medios de prueba se puede dejar constancia, en virtud del artículo 520.6 LECrim, en el acta la solicitud realizada y que no se da cumplimiento con efectividad para poder impugnar las actuaciones llevadas a cabo.

Esta regulación se adecua perfectamente al contenido del artículo 3.3.c de la Directiva 2013/48/UE establece que los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto en ruedas de reconocimiento, careos, reconstrucciones de los hechos. En consecuencia, se trata de un contenido que debe integrarse entre los principios susceptibles de ser aplicados e integrarse en la jurisprudencia del TC.

Una consecuencia directa del derecho a intervenir durante las diligencias consiste en la posibilidad de que el letrado lo realice durante la diligencia de la declaración o interrogatorio frente al papel meramente pasivo que ejercía con anterioridad a la nueva regulación. Esta consecuencia se deriva del artículo 3.3.b de la Directiva 2013/48/UE que establece que el derecho a la asistencia de letrado implicará que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención 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. Cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional. Sin embargo, aunque de forma expresa este derecho no ha sido recogido en la LECrim, ya que solamente está prevista la intervención al final de la diligencia de declara-

ción o la entrevista previa como novedad, es deducible de la Directiva de forma directa. En caso de que no se impida dicho asesoramiento durante la declaración policial con el cliente se puede dejar constancia, en virtud del artículo 520.6.b LECrim, en el acta el impedimento realizado para poder impugnar las actuaciones llevadas a cabo.

En esencia, el derecho a la asistencia letrada puede ser ejercido antes de que el sujeto pasivo sea interrogado por la policía u otras fuerzas y cuerpos de seguridad o autoridades judiciales, así como en el momento en que lleve a cabo el interrogatorio, y en el momento en que se realicen actuaciones de investigación o de obtención de pruebas consistentes en ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de hechos, conforme exige el artículo 3.2 a) y b), y 3 b) de la Directiva. En este punto, conviene recordar que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han rechazado la necesidad de la asistencia letrada en todas las diligencias policiales o judiciales que se practiquen, siendo un aspecto que deberá tener una tendencia a modificarse para adecuarse a la Directiva. No obstante, la jurisprudencia ha exigido la asistencia letrada para la práctica de diligencias tales como la entrada y registro en domicilio cuando su titular o morador se encuentra detenido o la diligencia de apertura de envíos postales estando detenido el destinatario, interrelacionadas con el ejercicio de otros derechos fundamentales.

La correcta transposición de la Directiva, y el más básico respeto del derecho de defensa, obliga, por tanto, a garantizar de forma expresa la asistencia letrada con anterioridad a los interrogatorios policiales y en las diligencias de investigación y obtención de pruebas consistentes en ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos, con independencia de si el sujeto pasivo se halla o no detenido. Por tanto, es preciso que se reconozca este derecho, ya no solo al detenido, sino incluso al sujeto pasivo que no se encuentra privado de libertad. Teniendo en cuenta el carácter de mínimos de la Directiva, sería aconsejable extender dicha garantía a todas las diligencias de investigación y de obtención de pruebas que conciernan al sujeto pasivo que no se encuentra privado de libertad que afecte a derechos fundamentales.

Es cierto que, puesto que el derecho de defensa se ejercerá desde la atribución del hecho punible al sujeto pasivo y dicho derecho de defensa comprende la asistencia letrada, puede interpretarse que el texto de la reforma garantiza suficientemente la asistencia de letrado para todas las diligencias y en todos los casos que exige la norma comunitaria. No obstante, en evitación de interpretaciones contrarias, parece conveniente que se refleje de forma expresa en las futuras líneas jurisprudenciales del TC en la materia.

Durante la entrevista, el letrado debe asegurar que en la declaración del detenido sus derechos constitucionales sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad y que se practique el interrogatorio en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Una vez finalizada la declaración del detenido, el letrado debe comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma, que se haga constar en la declaración la ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica. Asimismo se tiene derecho a obtener copia del atestado al igual que el Ministerio Fiscal, para de esa forma garantizar el principio de contradicción y de igualdad de armas en el proceso.

En esencia, desde la perspectiva del TC tampoco ha cambiado en exceso la función de la presencia personal del abogado desde la detención, ya que su finalidad es asegurar que los derechos fundamentales del detenido sean respetados, que el detenido no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad, la libertad de declaración del detenido, que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, y el derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a la firma⁴⁸. No es extraño que se haya identificado una triple función de la asistencia letrada del detenido, atendiendo a los bienes a proteger⁴⁹, es decir una función de garantía, al asegurar con su presencia personal que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o malos tratos y que se respete su libertad de declaración; una función probatoria, al comprobar la fidelidad de las transcripciones en el acta de declaración y una función de defensa, con el asesoramiento técnico con anterioridad y posterioridad al interrogatorio.

Estas regulaciones y deducciones nos permiten considerar que la asistencia letrada en cuanto a su régimen jurídico no presenta diferencias importantes entre su contenido a efectos de la detención o su aplicación una vez se somete a investigación o encausamiento procesal, por lo que la equiparación jurídica debería ser asumida por el TC para no separar sus regímenes jurídicos a pesar de que se encuentre garantizada en dos preceptos constitucionales distintos.

⁴⁸ STC 196/1987 FJ 5; STC 252/1994 FJ 5; STC 21/1997 FJ 5; STC 229/1999 FJ 2; STC 199/2003 FJ 4; ATC 23/2006 FJ 1; recientemente STC 13/2017 FJ 4.

⁴⁹ Vid. GRIMA LIZANDRA, V., «El Derecho de Defensa y el Derecho de Asistencia Letrada en las detenciones policiales», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 13, 2005, p. 28.

V. LA EQUIPARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DETENIDOS O PERSONAS EN PRISIÓN PROVISIONAL CON LOS DERECHOS DEL INVESTIGADO

La LO 13/2015 amplía los derechos de las personas detenidas o en prisión provisional, de modo que a los derechos que ya les reconoce la LECrim como el derecho a guardar silencio y a no contestar alguna de las preguntas que le formulen, o el derecho a no declarar contra sí mismo⁵⁰, se añaden otros como:

– 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 aquel, salvo que dicha comunicación sea imposible.

– Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

– Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, y derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección, eso sí, ante la presencia de un funcionario de policía o del que designen el juez o el fiscal.

– Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

– Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

– En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

⁵⁰ Los considerandos 31 y 32 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2013/48/UE exigen que el sospechoso o acusado haya sido debidamente informado de su derecho a guardar silencio así como de su privilegio de no declarar contra sí mismo, derecho o derechos en ambos casos, como es sabido, comprendidos aun de forma implícita en el contenido del artículo 6.1 y 2 CEDH como parte del derecho al debido proceso y derecho a la defensa (STEDH, John Murray c. Reino Unido, sentencia de 8 de febrero de 1996, párrs. 41 y ss; STEDH Panovits v. Chipre, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párrs. 70-73). El caso más conocido a nivel comparado es Miranda c. Arizona 384 US 436 (1966) en Estados Unidos. Ambos derechos se integran en el artículo 6 CEDH bajo la fórmula de privilegio contra la autoinculpación. Los derechos de guardar silencio y no declarar contra sí mismo se regulan en el art. 520.2 LECrim, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en Gutiérrez-Alviz Conradí, F.-López López, E. (eds.), op.cit., pp. 587-625.

El artículo 520.1 LECrim establece que la detención y la prisión provisional se practiquen en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio, de modo que quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla y de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquellos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. La norma no concreta las medidas, en cuanto a evitar captación de imágenes durante los traslados, en entradas o salidas de sedes policiales o judiciales, que deben adoptarse en las detenciones y traslados de los detenidos. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado determinarán su alcance y contenido que deben evitar una sobreexposición al público o una pena de telediario que pueden ocasionar un daño mayor que el que implica la propia detención.

El artículo 520.2 j LECrim establece que el detenido o preso tiene que ser informado de su derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla. El detenido tiene garantizada la asistencia jurídica gratuita en sede policial por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, desde el momento de su detención con el fin de posibilitarle la planificación de su estrategia de defensa y posibilidades de impugnación. El artículo 11 de la Directiva 2013/48/UE 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. Como se puede deducir no era necesario transponer este aspecto de la Directiva, ya que se encontraba perfectamente integrado en las previsiones normativas de nuestro ordenamiento.

Por su parte, los artículos 5 y 6 de la Directiva 2013/48/UE regulan el derecho a que se informe de la privación de libertad a un tercero o persona que él mismo designe o a comunicarse con terceros, como un familiar o un empleador, de su privación de libertad sin demora injustificada, si así lo desea. Si el sospechoso o acusado es un menor (se considerará menor a toda persona de menos de 18 años), los Estados miembros se asegurarán de que la persona en quien recae la responsabilidad parental 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. Tal como se ha visto, dichos derechos se han incorporado en el artículo 520.2, letras e y f LECrim, lo que constituye una de las novedades introducidas en su régimen jurídico.

El artículo 7 de la Directiva 2013/48/UE regula el derecho a comunicarse con las autoridades consulares del Estado del que sea nacional quien se encuentra privado de libertad, y a comunicarse con dichas autoridades, si así lo

desea. No obstante, en caso de que el sospechoso o acusado tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse, en su caso, de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse. Todo sospechoso o acusado tendrá asimismo derecho a que lo visiten sus autoridades consulares, a conversar y mantener correspondencia con ellas, y a que éstas 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 este sentido, el artículo 520.2.g LECrim en caso de extranjeros, reconoce el derecho a ser visitado, a comunicarse con las autoridades consulares de su país y a mantener correspondencia con ellas, frente a la regulación anterior que se limitaba a exigir que la detención y lugar de custodia se pusieran en conocimiento de la Oficina Consular de su país.

En esencia, a pesar de las novedades introducidas en los derechos del detenido (art. 520.2 LECrim) no cambian en exceso en su contenido con los derechos reconocidos al investigado (art. 118.1 LECrim), de forma que su interpretación es similar y debe tener una tendencia a equiparar ambos preceptos reguladores de los derechos y marcar los criterios de la futura jurisprudencia del TC, que deberá no separar el régimen jurídico de la asistencia letrada en ambos supuestos, ni estructurar o interpretar restricciones diferentes con contenidos o justificaciones sostenidos en normas o criterios constitucionales diversos.

En este sentido, una reciente línea jurisprudencial del TC ha considerado que para aceptar decisiones sobre la prisión provisional se debe garantizar a la defensa el acceso a los materiales del expediente y de las actuaciones sin que puedan quedar constreñidos por el secreto sumarial, tal como se deduce de una lectura combinada de los artículos 302 y 505.3 LECrim, siendo una consecuencia de directivas no traspuestas en plazo o de modo insuficiente o defectuoso. El secreto del sumario, aunque constitucionalmente admisible, encuentra un límite en la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa que le impida impugnar la privación provisional de libertad solicitada por el ministerio fiscal⁵¹.

De este modo, aunque el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE justifica la exclusión judicial del derecho de acceso al expediente en caso de riesgo cierto de verse perjudicada la investigación penal en curso entre otros motivos, lo que se desprende también del artículo 302 LECrim al reconocer que el acceso al expediente puede quedar temporalmente en suspenso si, para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, liber-

⁵¹ STC 83/2019 FJ 4 y 5; STC 94/2019 FJ 4 y 5; STC 95/2019 FJ 4 y 5.

tad o integridad física de otra persona, el juez de instrucción declara, total o parcialmente, secretas las actuaciones. El legislador ha adicionado una singularidad respecto del investigado que se encuentra privado de libertad, de manera que el secreto sumarial se entenderá «sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505» (art. 302 LECrim), con arreglo al cual «el abogado del imputado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado» (art. 505.3 LECrim)⁵².

El TC ha perfilado el contenido del derecho que incumbe al investigado o encausado para acceder al expediente penal, en garantía de su libertad personal, con el fin de rehuir un contexto de indefensión asociado a la comparecencia del artículo 505 LECrim (art. 17.1 CE, en relación con el artículo 24.1 CE). El sentido constitucional de estos derechos lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando éste, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican. Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el artículo 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior⁵³.

En consecuencia, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial –en el sentido de sustancial, fundamental o elemental– para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido⁵⁴. Determinados por el instructor los elementos fun-

⁵² STC 83/2019 FJ 5; STC 94/2019 FJ 5; STC 95/2019 FJ 5.

⁵³ STC 83/2019 FJ 6; STC 94/2019 FJ 6b; STC 95/2019 FJ 6b.

⁵⁴ STC 83/2019 FJ 6c; STC 94/2019 FJ 6c; STC 95/2019 FJ 6c.

damentales del caso en clave de privación de libertad, la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa⁵⁵. No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido⁵⁶.

La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales en ejercicio de estos derechos será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido. Corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad⁵⁷, sin olvidar los propósitos del secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención⁵⁸.

VI. LA CONFIDENCIALIDAD ENTRE LETRADO Y CLIENTE EN LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

El artículo 4 de la Directiva 2013/48/UE establece reglas en materia de confidencialidad, de modo que se garantiza 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 Directiva. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional⁵⁹.

⁵⁵ STC 21/2018 FJ 6.

⁵⁶ STC 83/2019 FJ 6d; STC 94/2019 FJ 6d; STC 95/2019 FJ 6d.

⁵⁷ STEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ c. Polonia, § 81.

⁵⁸ STC 83/2019 FJ 6d; STC 94/2019 FJ 6d; STC 95/2019 FJ 6d.

⁵⁹ La exigencia de confidencialidad entre el imputado y su abogado se entiende indispensable para el ejercicio efectivo del derecho de asistencia letrada y para el desarrollo del derecho de defensa constituyendo una parte esencial del derecho a un juicio justo. El considerando núm. 33 de la Exposición de Motivos considera que no ha de entenderse dicha exigencia en términos únicamente negativos de no obstaculizar dichas comunicaciones o de acceder a ellas, sino que implica también una actuación positiva de las autoridades estatales a favor del cumplimiento de dicho requisito de confidencialidad. No obstante, tanto en dicho considerando como en el posterior, se establece la posibilidad de excepcionar dicha confidencia-

La obligación de respeto de la confidencialidad implica no solo abstenerse de obstaculizar las comunicaciones o de acceder a ellas, sino también garantizar los fines mismos de la confidencialidad. Esta medida se aplica 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 sin perjuicio de la labor llevada a cabo por los servicios nacionales de inteligencia con el fin de garantizar la seguridad nacional de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) o con el artículo 72 del TFUE.

El TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la garantía en que consiste la confidencialidad de las reuniones de los letrados con sus clientes, en el asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros⁶⁰, en el que varios colegios de abogados impugnaron la Directiva 91/308/CEE –Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales–, en particular la obligación que se establecía a los abogados de suministrar información sobre blanqueo de capitales en las relaciones con sus clientes. El TJCE declaró que tal obligación privaría al cliente de los derechos a un juicio justo recogidos en el artículo 6 CEDH, ello siempre que sea al hilo de un proceso penal, pues sí resulta compatible con tal artículo la obligación cuando los abogados asistan o actúen en nombres de sus clientes en cualquier transacción financiera o inmobiliaria que, por su propia naturaleza, se realizan fuera del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo⁶¹.

A pesar de estos precedentes, la reforma implica el reconocimiento del derecho a la confidencialidad entre asistencia letrada o abogado y el detenido o cliente, ya que se reconoce como contenido esencial del derecho de defensa

lidad de la reunión/comunicación entre letrado y cliente, mediante el cribado de correspondencia (considerando núm. 33) al igual que se admite la posibilidad de restringir la misma, en última instancia, en pro del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (considerando núm. 34). Sobre la confidencialidad, *vid.* RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Luces y sombras del derecho a la asistencia letrada tras la Directiva 2013/48 y a la LO 13/2015», *op. cit.*, pp. 80-82; SANJURJO RÍOS, E. I., «El fortalecimiento del derecho a la asistencia letrada: la entrevista previa y reservada antes de la declaración del inculpa-do», *op. cit.*, pp. 140 y ss. Como veremos, el artículo 527 LECrim restringe el derecho a la entrevista reservada previsto en artículo 520.6 LECrim para las modalidades de detención y prisión provisional incomunicada en supuestos del artículo 509 LECrim. *Vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Detención, incomunicación y derecho de defensa. Comentario a la sentencia 196/1987, de 11 de diciembre», *Actualidad penal*, núm. 1, 1988, pp. 520-543 y PÉREZ MACHIO, A., «La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?», en De la Cuesta, J. L.-Muñagorri, I. (dirs.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2008, pp. 167-202.

⁶⁰ STJCE, de 26 de junio de 2007, asunto C-305/05 (*Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros contra el Consejo).

⁶¹ *Vid.* GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L.- LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 208.

la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que la persona a quien se atribuya un hecho punible podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 LECrim. Este hecho supone una novedad si se compara con el régimen anterior de asistencia letrada al detenido, en el que no se possibilitaba la entrevista confidencial anterior a la declaración ante la policía, que reservaba un mero papel pasivo al letrado. En consecuencia, se reconoce expresamente que las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial, efectuando una remisión al régimen de estas comunicaciones que desarrolla extensamente en el artículo 118.4 LECrim.

Desde otra perspectiva, también se reconoce la confidencialidad de las comunicaciones entre la persona investigada o encausada y su abogado. El artículo 118.4 LECrim establece que «Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial». En el caso de que 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 (art. 118.4 segundo inciso LECrim).

Sin embargo, esta relación de confidencialidad 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» (art. 118.4 último inciso LECrim).

La reforma establece la obligación de reflejar en el atestado el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o puesta en libertad. La asistencia letrada podrá de este modo solicitar información sobre la hora de la detención mediante el acceso a la diligencia del atestado de detención o al libro de registro de las detenciones con el fin de valorar el cumplimiento de los límites legales, pudiendo hacer constar en acta cualquier incidencia sobre este particular (art. 520.6.b LECrim) y, eventualmente en caso de dilaciones injustificadas en la situación de detención presentar un recurso de amparo. En consecuencia, el letrado debe comprobar la veracidad no solo de lo que se asiente en las actas de declaración sino la coincidencia

de lo asentado en el atestado con la realidad⁶². De este modo se podrá comprobar si se ha respetado el derecho a la entrevista personal y confidencial con letrado con anterioridad a la primera declaración del detenido, tal como exigen actualmente la normativa europea y la interna.

La asistencia letrada consiste en la posibilidad que tiene el detenido de interactuar con su abogado, abarcando tanto las comunicaciones orales (visitas y entrevistas) como las escritas, que se basarán en la confidencialidad⁶³, es decir, privacidad en la reunión con el abogado. La importancia de la confidencialidad en las relaciones entre abogado y cliente sin la escucha de terceras personas o presencia de alguna persona reside en que puede tener el efecto de inhibir cualquier información, de forma que la presencia de un tercero aunque fuera de buena fe y de breve duración, afecta al hecho de disminuir la posibilidad de buscar y recibir el asesoramiento técnico de su abogado. Si un abogado no pudiera reunirse en privado con su cliente y recibir de él instrucciones confidenciales, sin vigilancia, su asistencia perdería utilidad y efectividad⁶⁴.

El eficaz ejercicio del derecho de defensa y de asistencia letrada exige el respeto de la confidencialidad de las comunicaciones entre investigado y su Letrado, que se encuentran amparadas por el secreto profesional recogido en el art. 416.2 de la LECrim. El abogado no puede ejercer la defensa si no conoce todos los hechos y el investigado tiene que tener garantizado que la información que facilite a su abogado no supondrá en ningún caso vulneración de su derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. Se tiene tendencia a permitir que las comunicaciones se realicen mediante entrevista directa, sin cristal ni otros obstáculos físicos, entre un investigado y su letrado. La intervención de las comunicaciones del interno en un centro penitenciario con su abogado están reguladas en el artículo 118.4 LECrim, que se remite a la Ley General Penitenciaria, cuyo art. 51.2 únicamente permite la intervención por resolución judicial y en supuestos de terrorismo.

⁶² STC 23/2004 FJ 3. En el caso, la diligencia de terminación y remisión en la que el instructor policial ordenaba el pase del detenido a disposición judicial y el envío del atestado policial, fue extendida a las 20:30 hrs del mismo día en que se practicara la detención, pero no se ajustaba a la realidad, ya que la puesta a disposición se pospuso hasta el día siguiente, hecho que motivó que el letrado del detenido promoviera el procedimiento de *habeas corpus*, cuya incoación fue denegada mediante resolución que se comunicó vía fax a las dependencias policiales. Tal como se ha visto y se verá, tras la transposición de la Directiva 2013/48/UE, en el artículo 520.6.b LECrim se establece que, el abogado puede pedir al funcionario que practique la diligencia en la que haya intervenido, al término de esta, la declaración o ampliación de lo que considere pertinente, así como la consignación de cualquier incidencia que haya tenido lugar.

⁶³ STEDH Öcalan v. Turquía, 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 131-136.

⁶⁴ STEDH Brennan v. Reino Unido, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párrs. 58, 60; Lanz v. Austria, 24430/94, Sentencia de 31 de enero, de 2002, párr. 52; Kempers v. Austria, 21842/93, de 27 de febrero de 1997, párr. 1; S. v. Suiza, 12629/87, Sentencia de 28 de noviembre 1991, párr. 48; Campbell v. Reino Unido, 13590/88, Sentencia de 25 de marzo de 1992, párr. 46.

En cualquier caso, la nueva regulación de la confidencialidad durante la asistencia letrada, también desdibuja una separación de su régimen jurídico durante la detención y durante la investigación o en las distintas fases del proceso penal, que debería tener consecuencias en una interpretación diferenciada del derecho a la asistencia letrada.

VII. LA RENUNCIA A LA ASISTENCIA LETRADA

El artículo 9 de la Directiva 2013/48/UE regula la renuncia a la presencia o la asistencia obligatoria de un letrado, siempre que se haya facilitado al sospechoso o acusado, verbalmente o por escrito, información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las posibles consecuencias de renunciar a él, y la renuncia sea voluntaria e inequívoca. La renuncia, que podrá hacerse por escrito u oralmente, se hará constar, así como las circunstancias de la misma, con arreglo al procedimiento previsto para ello por la normativa del Estado miembro de que se trate. Asimismo, los Estados miembros garantizarán que todo sospechoso o acusado pueda revocar una renuncia posteriormente en cualquier momento del proceso penal y que el sospechoso o acusado haya sido informado de tal posibilidad. La revocación de una renuncia surtirá efectos desde el momento en que se efectúa.

Para la transposición de este precepto de la Directiva se ha añadido un nuevo apartado 8 al artículo 520 LECrim, según el cual el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.

La renuncia de un derecho tan importante como es la asistencia letrada, solo puede ser aceptada cuando sea expresada de una manera inequívoca, después de que las autoridades hayan tomado todas las medidas razonables para asegurarse de que el titular tiene plena conciencia de sus derechos de defensa y puede apreciar, en la medida de lo posible, la consecuencia de su renuncia y que la decisión se toma voluntariamente⁶⁵.

⁶⁵ STEDH Panovits v. Chipre, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 68. La renuncia del derecho a la asistencia letrada es un claro ejemplo de los derechos que exigen la protección especial del estándar de «renuncia consciente e informada»; *vid.* SSTDH Dvorski v. Croacia [GS], 25703/11,

El TC ha considerado conforme con los artículos 17.3 y 24.2 CE, las declaraciones en dependencias policiales que han tenido lugar sin que el detenido cuente con la asistencia del abogado, cuando la falta de asistencia resultó imputable al afectado con la detención preventiva, como fue el caso de la renuncia al derecho a la asistencia letrada en declaración ante la Policía⁶⁶, pero ello dejó de ser así a partir de 1983 al establecerse normativamente la irrenunciabilidad del derecho salvo en los delitos contra la seguridad en el tráfico.

El TC, con referencia a la legislación de desarrollo entonces vigente (art. 520.5 LECrim), reconoció la posibilidad de renunciar a la asistencia letrada en supuestos en que los hechos que motivan la detención son susceptibles de ser calificados como delitos contra la seguridad en el tráfico⁶⁷. Este límite material se puede considerar una mejora respecto a la regulación de la Directiva, ya que es más permisivo y restrictivo con la renuncia a la asistencia letrada (facilita la renuncia, pero la limita a los delitos contra la seguridad del tráfico), de forma que por aplicación de la cláusula de no regresión no se incluye un régimen más restrictivo, en el sentido de impedir aplicar la renuncia a delitos distintos de los previstos contra la seguridad en el tráfico, que el deducible de la normativa de la UE.

VIII. LAS EXCEPCIONES Y RESTRICCIONES TEMPORALES AL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

El artículo 3.5 de la Directiva 2013/48/UE establece que en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente lo dispuesto en el apartado 2, letra c (demora injustificada de la asistencia letrada), en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad⁶⁸.

Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 101; Pishchalnikov v. Rusia, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 77-78.

⁶⁶ STC 175/1985 FJ 2. El TC consideró que se trataba de una renuncia expresa y que, conforme a la redacción que en ese momento tenía el artículo 520 LECrim, el derecho a la asistencia letrada no resultaba irrenunciable.

⁶⁷ STC 252/1994 FJ 4.

⁶⁸ En el considerando núm. 30 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2013/48/UE se establece como supuestos de lejanía geográfica los «territorios de ultramar o cuando el Estado miembro lleva a cabo o participa en operaciones militares fuera de su territorio». También se establecen prevenciones a este respecto durante el período de excepción temporal del derecho de asistencia letrada en sentido negativo y positivo, ya que se deberá no formular interrogatorio «ni llevar a cabo ninguno de los actos de investigación o de obtención de pruebas establecidos en la presente directiva» hasta que no se pueda ejercer el de-

En el apartado siguiente, artículo 3.6, establece que en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 (derecho de asistencia letrada) 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 siguientes:

- a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;
- b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

En este sentido, el artículo 520.2.c LECrim ha previsto la comunicación del detenido con el letrado que haya designado por videoconferencia cuando debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia presencial. Esta previsión puede despejar parcialmente las objeciones al breve plazo de personación de Letrado que se sitúa en tres horas.

También el derecho a informar de la detención o privación de libertad o comunicarse con terceros previsto en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2013/48/UE está sujeto a excepciones temporales. El derecho a informar a terceros puede ser objeto de excepción temporal en base a las circunstancias específicas del caso, siempre que se justifique en una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o de prevenir una situación en la que pueda comprometerse de modo grave el proceso penal (art. 5.3 Directiva 2013/48/UE). Si la excepción temporal afecta a un menor se asegurarán de que una autoridad responsable de la protección o el bienestar de los menores sea informada, sin demora injustificada, de su privación de libertad (art. 5.4 Directiva 2013/48/UE). El derecho a comunicarse con un tercero de su elección puede ser limitado o aplazado por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado (art. 6.2 de la Directiva 2013/48/UE).

Tal como se ha señalado con anterioridad, el nuevo apartado 520.2.f LECrim reconoce el derecho del detenido a comunicarse directamente con terceros. En la regulación anterior se reconocía simplemente el derecho a comunicar a la persona que designara el detenido, el hecho de su detención y el lugar de custodia. La reforma va más allá y no solo reconoce sino que regula la comunicación directa del detenido con terceros, estableciendo para

recho de asistencia letrada y «facilitar la comunicación telefónica o por videoconferencia, salvo que dicha comunicación sea imposible».

dicha comunicación determinadas condiciones: por un lado, que se realice telefónicamente y por otro, en presencia de un agente de policía o del funcionario que designen el juez o el fiscal.

El artículo 8 de la Directiva 2013/48/UE establece las condiciones generales para aplicar excepciones temporales previstas en el artículo 3, apartados 5 y 6, o en el artículo 5, apartado 3, de forma que deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario, estarán rigurosamente limitadas en el tiempo, no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción, y no podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo. En el apartado 2 se señala que las excepciones temporales previstas en el artículo 3, apartados 5 y 6, 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. Por su parte, el apartado 3 fija que las excepciones temporales previstas en el artículo 5, 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.

En general, se puede deducir que la Directiva 2013/48/UE introduce diversas excepciones y restricciones temporales a la asistencia letrada, que se incorporan a la LECrim, pero también diversos mecanismos de control y normas competenciales de aplicación que remite a los órganos judiciales el alcance de las mismas. En este sentido, dejando al margen su aplicación estricta, se pueden derivar dos supuestos en los que se debe comprobar la conexión de la aplicación de dichos mecanismos de control y de las normas competenciales que se centran en las limitaciones que se aplican al acceso a las actuaciones procesales y la articulación de los supuestos de detención incomunicada, ya sea por decisión judicial o por aplicación de la normativa frente al terrorismo o grupos organizados.

8.1 Las limitaciones al acceso a las actuaciones procesales en la asistencia letrada

El artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho de información en procedimientos penales establece que «Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso

penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado 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».

La regulación en la LECrim prevé en su artículo 520.2 que toda persona detenida tendrá «d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad», en línea con el artículo 118.1.b LECrim, aunque éste referido a investigados o personas a las que se atribuya un hecho punible («Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración»). En consecuencia, existe una regla general contenida en el artículo 520 LECrim que reconoce, sin limitación, a toda persona presa o detenida el «derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad» (apartado 2.d), y una regla especial, como veremos en el siguiente apartado, para los detenidos o presos incomunicados del artículo 509 LECrim, que podrán ser privados de ciertos derechos en virtud de resolución judicial.

La limitación existente en el artículo 520.2.d) LECrim relativa al examen de las actuaciones puede ser cuestionable, ya que dicho examen queda reducido a las actuaciones «que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad», suponiendo a priori una clara limitación al derecho de asistencia letrada, tanto por lo que se refiere al empleo de un concepto jurídico indeterminado como es «esenciales», como a los solos efectos de impugnar la detención o privación de libertad, debido a que el acceso a las actuaciones debe ser completo.

Los elementos esenciales de las actuaciones policiales para impugnar la legalidad de la detención consisten únicamente en aquella información que sea fundamental para recurrir o valorar la pertinencia de la detención y que debiendo facilitarse al detenido o a su abogado los siguientes:

- Lugar, fecha y hora de la detención.
- Lugar, fecha y hora de la comisión del delito.
- Identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos.

– Indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo a través de indicios muy genéricos como reconocimiento por diversas personas pero sin especificar quienes lo han reconocido, declaración de testigos sin especificar quienes son los testigos, huellas dactilares, entre otros.

En cuanto al modo de facilitar el acceso del letrado a los elementos de las actuaciones para impugnar la privación de libertad, cuando no esté declarado el secreto, en la práctica puede hacerse bien por exhibición y examen directo de los autos, o bien por información oral que le sea facilitada.

Por el contrario, cuando se encuentre declarado el secreto de las actuaciones, y sin perjuicio de las previsiones del artículo 506.2 de la LECrim, los medios de acceso anteriores no pueden ser admitidos, pues un examen general de las mismas aun cuando fuese por mera exhibición podría frustrar los fines por los que se acordó. En este caso, la solución pasa por facilitar una exposición sucinta suficiente, a criterio del juez de instrucción.

Es necesario que quede constancia en las actuaciones de los elementos que se facilitan al letrado, ya que de esta forma será posible a través de los eventuales recursos controlar si la información facilitada fue suficiente para impugnar de manera efectiva la privación de libertad.

El acceso a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la privación de libertad entra en conflicto con el secreto de las actuaciones, que puede haber sido acordado conforme al artículo 302 LECrim. No se puede dejar de constatar que el apartado 3 del art. 505 LECrim faculta al abogado para acceder a tales elementos esenciales a los efectos de interponer recurso contra el auto de prisión, sin restricciones derivadas del secreto de las actuaciones.

El mayor problema que genera esta regulación es el grado de indeterminación de alguno de los conceptos empleados que dificulta un control posterior por otros órganos judiciales o eventualmente por el TC. En este sentido, ante la posibilidad de que no se facilite el acceso mediante decisión injustificada o arbitraria, el control de la motivación de la decisión judicial no se debe limitar a aspectos formales o circunstanciales, ya que su contenido se sitúa como el principal elemento de control de cualquier decisión restrictiva.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la asistencia letrada debe ser real y efectivo. En una detención policial, el atestado no es otra cosa que las actuaciones a las que se refiere sin duda el artículo 118.1.b) LECrim, inspirado en la Directiva 2012/13/UE. Las interpretaciones que se

realicen deben guiarse por el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, en este caso de los derechos a la libertad, la asistencia al detenido y de defensa. El Tribunal Constitucional señaló que la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos⁶⁹, incluida la autoridad policial⁷⁰. Por ello, si se limita el acceso al atestado, debería hacerse constar en las diligencias por el abogado, a fin de, en su caso, promover la nulidad de pruebas.

Los casos en los que el derecho de acceso a las actuaciones se ve limitado respecto de las actuaciones que afecten:

- Al grado de complejidad o gravedad de los hechos que pueda dar lugar a una declaración judicial de secreto de la causa, muy singularmente si el propio Instructor del atestado tiene intención de solicitar tal secreto al Juzgado.

- A la necesidad de evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona.

- A la necesidad de prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

En caso de que se vea limitado el derecho de acceso a las actuaciones, en virtud del artículo 520.6 LECrim, la asistencia letrada dejará constancia en el acta la solicitud realizada si no se da cumplimiento con efectividad para poder impugnar las actuaciones llevadas a cabo.

No está previsto expresamente en la LECrim que el derecho de acceso a las actuaciones conlleve el derecho a obtener una copia de las mismas, a pesar de la previsión del artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE que se refiere a que los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes, lo cual debería ser objeto de una revisión o por lo menos de una instrucción para la correcta transposición en un futuro, adoptando medidas para su corrección durante el periodo transitorio.

⁶⁹ STC 76/1987 FJ 2.

⁷⁰ STC 24/1990 FJ 2.

8.2 Las limitaciones en la asistencia letrada conectadas a la detención incomunicada

El artículo 509 LECrim establece que «1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o
- b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal».

El artículo 509 LECrim está pensado para el supuesto de detención y prisión incomunicada, que difícilmente puede ser utilizado para regular con carácter general unos supuestos de limitación de acceso a las actuaciones en la asistencia letrada al detenido. El plazo máximo de incomunicación se mantiene en 5 días para los delitos comunes, prorrogables para la investigación de delitos de terrorismo o cometidos por organizaciones criminales durante otros 5 días. La limitación de derechos no opera automáticamente respecto de todos los derechos enunciados y se acuerda por el tiempo estrictamente imprescindible. La nueva regulación respeta el principio de idoneidad que forma parte del más genérico de proporcionalidad, al permitir la concreción de los derechos de los que es privado el detenido o preso incomunicado según resulten adecuados para cumplir los fines de la incomunicación. Se añade un nuevo apartado 4 que prohíbe la incomunicación para los detenidos menores de 16 años.

La detención incomunicada es una modalidad excepcional de detención con la finalidad de evitar el riesgo de destruir pruebas, que se sustraigan de la acción de la justicia otras personas implicadas en los hechos, prevenir una comunicación del sospechoso o investigado con otros sujetos, o que se pongan en peligro bienes u otras personas, es decir, que se pueda comprometer el proceso penal. El riesgo del entorpecimiento de la investigación o la existencia de banda organizada pueden ser motivos suficientes para su aplicación, sin que se limite a delitos de terrorismo, ya que se ha aplicado en delitos de cohecho, malversación de caudales, falsedad, fraude y alteración de concursos públicos o delitos contra la salud pública⁷¹.

⁷¹ LLERA GUTIÉRREZ, Á. F., *La Asistencia letrada al detenido en comisaría y juzgado. Visión práctica actualizada*, op. cit., p. 116.

El TC ha señalado que las resoluciones que acuerdan las medidas de incomunicación exigen un especial rigor en su motivación, dadas sus trascendentales consecuencias, especialmente por las limitaciones que impone el derecho a la defensa específicamente a la asistencia letrada. Las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. Así deben constar los indicios de los que deducir la vinculación de la persona incomunicada con los hechos investigados, deben exteriorizarse de alguna forma que resulta fijado, los extremos que permitan la ponderación judicial acerca de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma. En cuanto a la finalidad de la incomunicación ha de tenerse en cuenta que reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su consumación⁷².

Los supuestos del artículo 509 LECrim, que legitiman la limitación de derechos por decisión judicial, no son obligatorios, en el sentido de que no se prevé de manera obligada tal limitación de derechos, sino solo en virtud de decisión judicial, por lo que la generación de supuestos *ex novo* de limitación general de acceso al atestado no puede reputarse conforme a Derecho. Desde la perspectiva de la normativa en materia de terrorismo, el artículo 527 LECrim dispone que en los supuestos del artículo 509 LECrim, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

a) Designar un abogado de su confianza. La supresión de la designación de un abogado de la elección del sospechoso, investigado o acusado ha sido considerada constitucional a través de la STC 196/1987, ya que el nombramiento imperativo de abogado de oficio no convierte en irreconocible o impracticable el derecho de asistencia letrada.

b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. El artículo 527.3 LECrim establece que los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas

⁷² STC 127/2000 FJ 3 y STC 7/2004 FJ 4.

o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo.

c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. Esta limitación es admisible constitucionalmente en la medida en que el derecho a la asistencia letrada puede llegar a materializarse con la mera presencia de un abogado de oficio en la práctica de las diligencias. Solo es justificable en la medida que el abogado pueda ser cómplice del sospechosos o acusado o pueda hacer de transmisor de información a terceras personas, frustrándose la correcta realización de la investigación. Sin embargo, este hecho se consigue simplemente evitando la libre designación del abogado, ya que con un abogado de oficio, las posibles finalidades y justificaciones se desdibujan por si mismas.

d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención, es decir, tan solo se podrá acceder a las actuaciones necesarias para poder plantear un procedimiento de habeas corpus.

El artículo 509.2 LECrim establece que la incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509 LECrim. El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos. El artículo 509.2 LECrim establece que la incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

El artículo 509.3 LECrim establece que el auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida. En consecuencia, en el auto deben constar como presupuesto necesario de carácter material los indicios en los que se establece la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado y los peligros y riesgos para terceras personas o de que se sustraiga a la acción de la justicia implicados en el delito investigado o que se puedan destruir pruebas.

El TC considera que la medida de incomunicación es excepcional y debe ser justificada y proporcionada, por ello debido al conflicto con bienes jurídicos que la sociedad democrática tiene que proteger se considera que la confianza no es parte esencial de la asistencia letrada y se puede asignar abogado de oficio. En base a este motivo no se puede justificar que aun cuando sea un abogado de oficio el que asista al detenido, no pueda brindar el asesoramiento técnico jurídico propio de la asistencia letrada, desde el primer momento y a través de la entrevista reservada. Si se considera al detenido incomunicado especialmente peligroso o que el abogado pueda ser utilizado para llevar y traer mensajes, la policía debería pedir expresamente orden judicial para poder intervenir las comunicaciones entre el detenido y abogado, aunque en el caso de los detenidos incomunicados se trata de un abogado de oficio, asignado por el Colegio de Abogados. Sin embargo, el TC considera que un límite del derecho a la asistencia letrada lo constituye la medida de incomunicación de detenidos, en cuanto ésta supone tanto la imposibilidad de nombrar letrado de la confianza del detenido como la de entrevistarse de forma reservada con el letrado⁷³. En cierto modo, se produce una ruptura de la confianza en el derecho a la asistencia letrada de los detenidos, ya que se dirige por una parte a la elección del letrado y por otra a la confidencialidad o privacidad de la relación entre el detenido y su abogado. En relación a la primera, parece razonable suponer que la confianza en el abogado de oficio puede afectar el derecho pero sin hacerlo desaparecer; aunque en relación a la segunda, es decir, la confidencialidad de la información intercambiada entre el detenido y su abogado, sea libremente elegido o sea asignado de oficio, sí podría incidir en la eficacia de la asistencia técnica y a la ayuda profesional en el momento de la detención.

La denegación de acceso a determinados materiales deberá ser adoptada por un tribunal o, por lo menos, dicha decisión debe poderse someter a control judicial. El único caso en el que la denegación de acceso sí está prevista,

⁷³ ATC 155/1999 FJ 4.

es el de su adopción por auto del artículo 527 LECrim, referido en exclusiva a los supuestos de detención o prisión incomunicada del artículo 509 LECrim. Si el único caso de denegación de acceso es el relativo a los supuestos de detención o prisión incomunicada, ha de deducirse que la negativa policial a entregar el atestado en el resto de supuestos, que no encajen en el regulado en el artículo 527 LECrim, en conexión con el artículo 509 LECrim, sí que se puede considerar una limitación de acceso a las actuaciones, no prevista ni en la Ley ni en la Directiva, con lo que se pueden plantear problemas en un futuro en conexión con el acceso a las actuaciones procesales.

La jurisprudencia del TEDH permite deducir que se debe garantizar al sospechoso el derecho a la asistencia letrada desde el momento de la custodia policial y desde el primer interrogatorio policial, a menos que existan razones imperiosas, previstas en la ley que permitan que, de manera excepcional y temporal, se restrinja el acceso y presencia del abogado; siendo posible que se practique alguna diligencia, como la toma de declaración, sin la presencia de letrado. Para el TEDH, el criterio de las razones imperiosas para restringir la asistencia letrada debe ser estricto, teniendo en cuenta la naturaleza fundamental y la importancia de un pronto acceso a la asistencia letrada, especialmente en el primer interrogatorio del detenido. Las restricciones a la asistencia letrada pueden permitirse en circunstancias excepcionales, si estas son de naturaleza temporal, si están basadas en la valoración individual de las circunstancias particulares de cada caso, si tienen una previsión legal, esto es, si la decisión de restringir tiene base en el derecho nacional, y si el alcance y contenido de las restricciones están suficientemente circunscritos por la ley, para orientar la toma de decisión de los responsables de aplicarlas y en la existencia de una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad, la integridad física, como valores protegidos en los artículos 2, 3 y 5 CEDH, en un caso determinado. El TEDH aclara que una afirmación no especificada de un riesgo de fuga, no podría considerarse como una razón imperiosa para restringir la asistencia letrada⁷⁴.

El epígrafe a del artículo 527 LECrim, por el que se imponía que en caso de una detención incomunicada el abogado sería designado de oficio motivó una cuestión de inconstitucionalidad, ya mencionada reiteradamente, que generó la primera manifestación del TC sobre la constitucionalidad de la medida de incomunicación (STC 196/1987). A la luz de la interpretación que el TC hizo sobre el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada re-

⁷⁴ Vid. STEDH Ibrahim y otros v. Reino Unido, 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 258-259.

conocido en el artículo 17.3 CE, diferenciándolo del reconocido en el artículo 24.2 CE y refiriéndose a la incomunicación y en el único extremo de la imposición de un abogado de oficio, consideró que, como medida limitativa, respeta el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada del detenido y afirmó que la constitucionalidad de la incomunicación del detenido no podía ser discutida⁷⁵. Seguramente la limitación del derecho a la asistencia letrada mediante la designación de un letrado de la propia elección puede ser considerada razonable, pero lo cierto es que dicha limitación aplicable a los detenidos incomunicados no ha sido valorada desde la perspectiva del artículo 24 CE, incluso desde la perspectiva de la limitación de la entrevista reservada⁷⁶.

El TC considera que una incomunicación que se acuerda, obviamente, no al amparo del artículo 520 bis LECrim (previsión legal referida a los delitos de terrorismo), sino conforme al artículo 509 LECrim, debe contar con base legal y realizarse mediante una resolución judicial motivada y, de conformidad con lo previsto en el artículo 527 LECrim⁷⁷. Dicha situación conlleva que la designación del Abogado sea de oficio y que se suprima el derecho del detenido incomunicado a la entrevista reservada con el Letrado que concede el artículo 520.6 c) LECrim en las diligencias policiales y judiciales que se practiquen en tal situación⁷⁸. En definitiva, habiéndose decretado la incomunicación de forma motivada y en aplicación de los preceptos legales que la permiten y cuya conformidad con la Constitución en cuanto al derecho a la asistencia letrada ha declarado, no puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la asistencia letrada del detenido incomunicado consagrada en el artículo 17.3 CE, que es el derecho fundamental en el que debe enmarcarse la queja del recurrente, ni derivar de ella la invalidez como prueba de cargo de la declaración inculpativa del coimputado⁷⁹.

La Directiva 2013/48/UE admite que algunas de las garantías del derecho a la asistencia letrada (art. 3.3) pueden ser objeto de restricciones como la entrevista en privado entre el detenido y su letrado, pero deben ser de

⁷⁵ STC 196/1987 FJ 4 y 6.

⁷⁶ Este criterio fue confirmado en ATC 155/1999 FJ 4 y STC 127/2000 FJ 3. Sobre la incomunicación del detenido y el derecho a la asistencia letrada, *vid.* SOBERANIS SOLÍS, L. M., *La configuración constitucional de la detención preventiva como límite específico al derecho a la libertad personal. Sus consecuencias e incidencia sobre otros derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 552 y ss.

⁷⁷ STC 219/2009 FJ 7; STC 220/2009 FJ 7.

⁷⁸ Una previsión cuya legitimidad constitucional ha sido declarada por el TC en la STC 196/1987 en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos (STC 7/2004 FJ 6; STC 339/2005 FJ 5; STC 81/2006 FJ 4).

⁷⁹ STC 219/2009 FJ 7; STC 220/2009 FJ 7.

aplicación temporal «en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción», en la medida en que ello pueda justificarse sobre la base de alguna de las razones imperiosas previstas en la Directiva (art. 3.6), razones que el legislador reprodujo en el artículo 509 LECrim como circunstancias que pueden motivar el acuerdo judicial de una detención o prisión con incomunicación.

Las restricciones temporales que en la legislación nacional se establezcan a los elementos del derecho a la asistencia letrada reconocidas en la Directiva 2013/48/UE deben satisfacer unas condiciones generales como toda limitación de derechos fundamentales, deben ser proporcionadas y limitadas a lo estrictamente necesario, deben ser rigurosamente limitadas en el tiempo y no pueden basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción. Sin embargo, las dos últimas condiciones no son respetadas por la incomunicación prevista en el artículo 520 bis 2 LECrim, porque se basa, precisamente, en el tipo o la gravedad de los presuntos delitos de terrorismo y porque la incomunicación puede durar todo el periodo de detención, con lo que podría afectar el carácter temporal de las restricciones del derecho a la asistencia letrada reconocido en la Directiva 2013/48/UE⁸⁰. Estas dudas pueden generar eventualmente conflictos de carácter constitucional, o incluso demandas de decisiones prejudiciales ante el TJUE que pueden afectar a la normativa en materia de terrorismo.

IX. CONCLUSIONES: UN CAMBIO DE ORIENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde una perspectiva constitucional, se ha analizado la situación del derecho a la asistencia letrada tras la transposición de la Directiva 2013/48/UE relativa al derecho de acceso a un abogado en procedimientos penales mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que se ha centrado en el impacto que puede suponer para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 17.3 CE y la necesidad de que no se

⁸⁰ El TC señaló que los «delitos de terrorismo, que son precisamente los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520 bis LECrim), realizando de este modo una previa ponderación de la necesidad de incomunicación en estos casos,» *vid.* STC 7/2004 FJ 5, recordando la STC 127/2000 FJ 3.

separe la interpretación de su régimen jurídico durante la detención y en el transcurso del proceso penal.

La diferencia y separación tradicional entre la asistencia letrada al detenido y la asistencia letrada en el proceso o incluso durante la ejecución de la pena queda desdibujada a partir de la transposición de las normas de la Directiva 2013/48/UE. La Constitución reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto al detenido como al acusado, pero se hace en preceptos distintos que garantizan derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada por lo que esta doble dimensión impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados artículos 17.3 y 24.2 de la CE. Tras la aprobación de la Directiva y en su implementación, no parece admisible que la asistencia letrada de los detenidos del artículo 17.3 CE tenga solo el carácter de garantía del derecho a la libertad personal, sino que es garantía para evitar la indefensión de los detenidos, especialmente teniendo en cuenta la proyección en un posible proceso judicial posterior. En cualquier caso, no parece que vaya a cambiar de orientación el TC, pues recientemente sigue considerando admisible la separación entre los dos derechos (STC 13/2017 FJ 4), aunque tras los cambios normativos por lo menos se deberían integrar los nuevos contenidos sin que quepa una separación entre las restricciones aplicables a la asistencia letrada en las detenciones y en los procesos penales.

La implementación de la Directiva ha tenido una repercusión directa en el artículo 118 LECrim al modificar el estatuto del imputado, concepto tradicional en la legislación procesal conectado al nacimiento del derecho de defensa, por el estatuto del investigado, que desdibuja la separación entre la detención como manifestación del derecho a la libertad personal y el inicio del proceso conectado al derecho de defensa procesal. En este precepto interesa sobre todo resaltar que el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 LECrim y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos. En consecuencia, se introduce legalmente la posibilidad de comunicación antes de la primera declaración y la de asistencia a todas las diligencias previas o que formen parte de la instrucción, de forma que no existe una diferenciación entre la primera declaración y el resto de las actuaciones procesales. Frente a la tradicional mera presencia pasiva del Letrado, con una finalidad de garantía de derechos, bási-

camente la legalidad de la detención y el respeto a la integridad física, se regula de modo novedoso su intervención activa en estas diligencias policiales, a las que el letrado no solo asiste sino en las que tiene la posibilidad de actuar. La entrevista previa a prestar declaración con su letrado supone reforzar el derecho de defensa en tanto en esa entrevista previa ya se produce un asesoramiento previo a la declaración.

Estas regulaciones y deducciones nos permiten considerar que la asistencia letrada en cuanto a su régimen jurídico no presenta diferencias importantes entre su contenido a efectos de la detención o su aplicación una vez se somete a investigación o encausamiento procesal, por lo que la equiparación jurídica debería ser asumida por el TC para no separar sus regímenes jurídicos a pesar de que se encuentre garantizada en dos preceptos constitucionales distintos.

III

CONTROVERSIAS SOBRE LA DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2016

RAFAEL REBOLLO VARGAS
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo.* 2.1. La cláusula de garantía del *ius tacendi*. 2.2. La prohibición de «forzar» al sospechoso o acusado y el ejercicio legítimo de poderes coercitivos por parte del Estado. 2.3. El «comportamiento cooperador» y la información relativa al derecho a no declarar.—III. *El derecho a estar presente en el juicio.* 3.1. La celebración del juicio en ausencia siempre que concurren determinados requisitos. 3.2. La celebración del juicio en ausencia de quien no ha podido ser localizado. 3.3. La exclusión temporal del juicio. 3.4. Los procedimientos por escrito.—IV. *Valoración Global.*—V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hace dos décadas que la Unión Europea se fijó como objetivo mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. En las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, en su punto 33 se postulaba un mejor reconocimiento de las

sentencias y otras resoluciones judiciales, además de la necesidad de precisar la aproximación de las legislaciones de los Estados dado que –se decía– ello facilitaría la cooperación entre autoridades competentes y la protección judicial de los derechos individuales. Asimismo, se añadía que el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y otras resoluciones judiciales debía de convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal de la Unión (art. 82 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

En efecto, el principio de reconocimiento mutuo se basa en la confianza entre Estados y en el respeto a los derechos fundamentales por parte de los respectivos sistemas judiciales capaces de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los mismos¹, lo cual pasa también por la necesidad de definir las normas mínimas comunes para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo del que se infiere que, «salvo en circunstancias excepcionales, todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, en particular, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho²».

En el año 2003 la Comisión aprobó el Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpadados en procesos penales en la Unión Europea, COM/2003/75, de 19 de febrero y, como acto conexo, se aprueba una Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, COM/2004/328, de 28 de abril que, finalmente, no llegó a ser aprobada.

En esa misma línea de consideraciones, el Consejo adoptó una Resolución relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales, 2009/C 295/01, de 30 de noviembre, donde se instaba a adoptar medidas que promovieran los derechos de traducción e interpretación; información sobre los derechos y los cargos; asesoramiento jurídico en materia de justicia gratuita; comunicación con familiares, empleadores y autoridades consulares; así como salvaguardias especiales para acusados o sospechosos vulnerables. Medidas entre las que no se encontraba el derecho a la presunción de inocencia. Por ello mismo, el Consejo Europeo, si bien acogió favorablemente el plan de trabajo, a la vez, pone de manifiesto que no era exhaustivo y pidió a la Comisión que examinara nuevos aspectos de los derechos procesales mínimos de sospechosos y acusados, además de estudiar la necesidad de incluir otros como el derecho a la presunción

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia», en *Diario La Ley*, núm. 8750, 27 de abril de 2016, p. 1.

² STJUE (Gran Sala), de 5 de abril de 2016, asunto Aranyosi y Caldacaru.

de inocencia. Demanda a la que seguramente había contribuido la publicación de un Libro Verde sobre la presunción de inocencia, COM/2006/0174, de 26 de abril de 2006 que, en buena medida, ha sido el marco sobre el que se articuló la Propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio, COM/2013/0821, de 27 de noviembre de 2013.

Como consecuencia de ese plan de trabajo se adoptaron cuatro medidas sobre los derechos procesales en el proceso penal: Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, sobre el derecho a la información en los procesos penales; 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, 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; y, finalmente, la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, cuya transposición al ordenamiento interno debería haberse realizado con anterioridad al 1 de abril de 2018, mediante la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio, que va a ser objeto de este trabajo.

En los considerando 9 y 10 de la Directiva 2016/343 se establece que esta tiene una doble finalidad; por un lado, reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio; además de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y, por lo tanto, contribuir a facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal.

La Directiva consta de 51 considerandos y 14 artículos. El Capítulo 1 se ocupa del objeto y ámbito de aplicación (objeto y ámbito de aplicación); el Capítulo 2 se destina a la presunción de inocencia (presunción de inocencia, referencias públicas a la culpabilidad, presentación de los sospechosos y acusados, carga de la prueba y derecho a guardar silencio y derecho a no declarar contra sí mismo); el Capítulo 3 al derecho a estar presente en juicio (derecho a estar presente en juicio y derecho a un nuevo juicio); y, un Capítulo 4 con Disposiciones generales y finales (vías de recurso, recopilación de datos, informe, no regresión, transposición, entrada en vigor y destinatarios).

Los temas que se dirimen en la Directiva son verdaderamente relevantes, piénsese que han dado lugar a una importante Jurisprudencia del Tribunal Eu-

ropeo de Derechos Humanos³ (en adelante TEDH), entre otros, las referencias públicas a la culpabilidad (con el siempre interesante tema de fondo sobre la imparcialidad y los medios de comunicación)⁴. En todo caso, he de anticipar que el trabajo se va a centrar en los derechos que me han parecido más sugerentes (aunque también es verdad que podrían haber sido otros y desde luego no menos atractivos) como es el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (art. 7 de la Directiva), así como el derecho a estar presente en juicio (arts. 8 y 9 de la Directiva).

Con carácter previo a iniciar el análisis de los derechos, me parece oportuno realizar unas breves consideraciones de carácter general referidas al ámbito de aplicación y a la cláusula de no regresión de la Directiva:

a. El artículo 2 de la Directiva circunscribe el ámbito subjetivo de aplicación a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en un proceso penal. Asimismo, en el considerando 12 se enfatiza la previsión al afirmar que: «La presente Directiva [debe] aplicarse a las personas físicas».

Con respecto a las personas jurídicas y su derecho a la presunción de inocencia, el considerando 13 les reconoce un cierto grado de tutela que, afirma, se recoge en la Jurisprudencia del TEDH, pero puntualiza que los derechos que dimanan de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en igual medida que a las personas físicas. Finalmente, concluye en el considerando 14 que: «... la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas».

b. La Directiva únicamente es aplicable a las personas físicas sospechosas o acusadas en los «procesos penales». En el considerando 10 se afirma que la Directiva tiene la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los «sistemas de justicia penal». Principio que se enfatiza en el considerando 11: la Directiva no se aplicará a «los procedimientos civiles ni a los administrativos», ni siquiera a aquellos que den lugar a sanciones⁵.

c. En el artículo 2 de la Directiva se previene que los derechos reconocidos son aplicables a todas las fases del proceso penal, incluso antes de que a la persona se le haya comunicado que está siendo investigada y hasta que ad-

³ GARCÍA ROCA, J., VIDAL ZAPATERO, J. M., «El Derecho a un Tribunal independiente e imparcial» en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca, J., Santolaya, P., Coordinadores), 3.ª ed., 2014, pp. 310 y ss.

⁴ SÁNCHEZ ESPARZA, M- ORDÓÑEZ PÉREZ, A. B., *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*, Madrid, 2016, pp. 77 y ss.

⁵ PASCUAL SUAÑA, O., «Derecho a no inculparse en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el Derecho a estar presente en juicio», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1-2017, p. 76.

quiera firmeza la resolución judicial, esto es, durante cualquier fase del proceso penal (considerando 12).

d. **Ámbito espacial de aplicación:** para todos los Estados miembros de la Unión, con la excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (considerandos 50 y 51).

e. **Ámbito temporal de aplicación,** artículo 15 de la Directiva: entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, fijándose en el artículo 14 que el plazo máximo de transposición al ordenamiento jurídico de los Estados miembros será el día 1 de abril de 2018.

f. **Cláusula de no regresión.** En el artículo 13 de la Directiva se establece que ninguna de sus disposiciones se interpretará limitando o derogando los derechos o las garantías procesales reconocidas en la Unión, en el Derecho Internacional o en el Derecho de cualquier Estado miembro que garantice un nivel de protección más elevado.

Asimismo, el considerando 48 dispone que la Directiva fija normas mínimas que «deben poder» ampliar a los Estados los derechos establecidos para proporcionar un mayor grado de protección.

II. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

El artículo 24.2 CE prevé el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Sin embargo, el derecho a guardar silencio no está recogido de forma expresa en el referido precepto⁶, a diferencia de lo previsto en los artículos 520.2.a) y 118.1.g de la LECrim. Aun así, creo que se puede afirmar que el derecho al silencio engloba diversas modalidades de conducta, que se pueden concretar en el segundo de los preceptos en el derecho a guardar silencio y a no prestar declaración, así como el derecho a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se formulen, además del derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable. En la misma línea de consideraciones, el primero de los de los artículos citados consagra, asimismo, el derecho a guardar silencio del detenido o preso, a no declarar si no quiere, a no contestar a alguna o a algunas de las preguntas que se le realicen, a manifestar que

⁶ Cfr. De otra opinión, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en *Derechos procesales fundamentales* (Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino; López López, Enrique, Coordinadores), CGPJ, Madrid, 2005, p. 3, para quien en el artículo 24.2 CE se establece el: «derecho del acusado al silencio, su derecho a mentir y, en general, su derecho a no colaborar», lo cual, afirma, deriva del tenor del artículo 24.2 CE.

solo declarará ante el juez, así como el derecho a la no autoincriminación. Como sostiene Álvarez de Neyra⁷, se trata de un «derecho de ejercicio sucesivo», al que puede acogerse el detenido o preso las veces que sea llamado a declarar ya sea durante la instrucción o en el juicio oral.

Con independencia de las inevitables y contextualizadoras reflexiones anteriores, antes de proseguir creo que debo insistir en que el objeto de este trabajo reside en determinados aspectos de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, y no en consideraciones de Derecho español ya que, únicamente, el análisis del derecho a guardar silencio y del derecho a no declarar contra sí mismo, convertirían este trabajo en un empeño que iría mucho más allá del propósito de estas páginas⁸.

En todo caso, el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo, tienen un indudable vínculo con el derecho a la presunción de inocencia⁹. Así, la Directiva los incluye en el Capítulo Segundo bajo el epígrafe de la presunción de inocencia, para los que destina su artículo 7 y los considerandos 24 a 32¹⁰. Asimismo, conviene recordar que ya en el artículo 3.e) de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, se contemplaba entre el derecho a la información sobre derechos, el «derecho de permanecer en silencio».

⁷ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «Alcance constitucional del Derecho a guardar silencio en el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y proceso Penal*, núm. 49, 2018, pág. 7.

⁸ Únicamente a título puramente ejemplificativo, *Vid.*, ANEIROS PEREIRA, J. «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2002; BANACLOCHE PALAO, J. «El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000; FALCÓN Y TELLA, R. «El derecho a no declarar y la inviolabilidad del domicilio: la STC 54/2015, de 16 de marzo», en *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2015; FERNÁNDEZ ANTELO, L. «Garantías constitucionales del proceso (art. 24.2 CE)», en *Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010; GARCÍA MORENO, V. A. «Procedimiento inspector, validez del consentimiento otorgado para acceder al domicilio y derecho a no incriminarse (a propósito de la STC 54/2015)», en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 2, mayo 2015; GUDE FERNÁNDEZ, A. «Los derechos del detenido en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007; HASSEMER, W. «La medida de la Constitución» (traducción de Tania Ixchel Atilano Camacho), en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*; Valencia, 2009; LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Artículo 24.2: el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable» en *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, Madrid, 2009; LOZANO EIROA, M. «El derecho al silencio del imputado en el proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 7925, 2012.

⁹ En el considerando 25 de la Directiva se afirma que el derecho a no declarar contra sí mismo «es también un aspecto importante de la presunción de inocencia».

¹⁰ PASCUAL SUAÑA, O., «Derecho a no incriminarse en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el Derecho a estar presente en juicio», en *Revista de Estudios Europeos*, ob. cit., pp. 67 y ss.

El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, es una previsión de la Directiva sobre la que algún autor considera que no exigiría ningún cambio en nuestro ordenamiento jurídico¹¹, afirmación que puede ser cierta desde un punto de vista estrictamente normativo aunque, también es verdad que, su clarificación en los considerandos de la Directiva debería consolidar una línea jurisprudencial oscilante del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que en algún caso optaba por considerar al silencio del acusado como un indicio de su participación en el delito o, cuando menos, como un elemento adicional o de refuerzo de la prueba incriminatoria practicada¹², opción interpretativa que tenía su origen en la propia Jurisprudencia del TEDH y sobre la que nos detendremos más adelante.

Como es de sobra conocido, el derecho a no declarar contra sí mismo se encuentra reconocido expresamente en los artículos 17.3 y 24.2 CE, es decir, en dos momentos distintos, en el de la detención y en el ámbito de las garantías procesales. Se trata de unos derechos que no se contemplan expresamente en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), aunque sí en el artículo 14.3 g) Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), relativo al derecho de la persona: «a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable». Sin embargo el TEDH¹³, a pesar de que no se contemple explícitamente en el artículo 6 CEDH, ha interpretado que se trata de derechos que se encuentran reconocidos en textos internacionales y que forman parte de la noción de proceso justo¹⁴, lo cual se complementa con el derecho de asistencia letrada, de ahí la importancia que el Tribunal le otorga desde el primer momento de la notificación al acusado de su derecho a guardar silencio y a que no se utilicen estratagemas para hacer hablar a quien haya optado por guardar silencio¹⁵.

En el artículo 7 se enuncian ambos derechos en los apartados 1 y 2 del precepto, «derecho a guardar silencio» y «derecho a no declarar contra sí mismos», disponiendo en los cuatro apartados siguientes diferentes previsiones relativas a los derechos enunciados.

¹¹ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., «Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre, 2016, p. 180.

¹² AGUILERA MORALES, M., «Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos», en *Archivo Penale*, 2016, núm. 3, p. 17.

¹³ STEDH, de 21 de diciembre de 2000, asunto Heaney y McGuiness c. Irlanda.

¹⁴ Libro Verde, La presunción de inocencia COM/2006/0174, Comisión de las Comunidades Europeas, 26 de abril de 2006, «Derecho de no inculparse».

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia», ob. cit., p. 6.

2.1 La cláusula de garantía del *ius tacendi*

En el artículo 7.5 de la Directiva se afirma que el ejercicio del derecho a guardar silencio (por sospechosos y acusados) «no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate». Obsérvese como en el precepto parcialmente reproducido, así como en los correspondientes artículos 7.1 y 7.2, la previsión se refiere tanto a «sospechosos» como a «acusados», con lo cual el ámbito material del derecho no se limita únicamente a las garantías del proceso, sino también al momento de la detención, es decir, se ejerce «en los interrogatorios policiales y ante los tribunales¹⁶». Al respecto es muy clarificador el considerando 26 de la Directiva donde se recoge que ambos derechos deben aplicarse «a los aspectos relacionados con la infracción penal de cuya comisión es sospechosa o acusada una persona y no, por ejemplo, a las cuestiones relacionadas con su identificación»¹⁷.

Sin embargo, el TEDH ha mantenido una doctrina que, a mi juicio, suscita dudas en relación con el derecho a la presunción de inocencia. La primera ocasión en la que el TEDH valora el silencio en contra del acusado fue en la STEDH 1996/7, de 8 de febrero, caso John Murray contra Reino Unido, cuya particularidad más relevante del asunto es que el acusado permaneció en silencio durante el interrogatorio, así como en el juicio¹⁸. La clave del fallo se encuentra en el FJ 47 de la sentencia, donde el Tribunal asume que no cabe sostener la existencia de un derecho absoluto al silencio, por lo que de él pueden extraerse alguna clase de consecuencias que, por sí mismas, no son suficientes para fundamentar la condena. Ahora bien, continúa, también se han de evaluar otros dos factores adicionales. En primer lugar, el hecho de que la prueba la hubiera valorado un juez profesional con experiencia y no un jurado, por lo que es verosímil extraer consecuencias del silencio del acusado; y, en segundo lugar, que se hayan acreditado hechos que puestos en conexión con la negativa a declarar permitan concluir que la acusación estaba debidamente fundamentada (FJ 48 y 49)¹⁹.

¹⁶ Libro Verde, La presunción de inocencia, «Derecho de no inculparse».

¹⁷ *Vid.*, STC 34/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 c).

¹⁸ *Vid.*, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «Alcance constitucional del Derecho a guardar silencio en el proceso penal», ob. cit., pp. 11 y ss.; asimismo, de la misma autora, «La valoración del Derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea», en *Revista de Estudios Europeos*, ob. cit., pp. 54 y ss.

¹⁹ Ampliamente, *Vid.*, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, Madrid, 2015, pp. 148 y ss., donde analiza distintos pronunciamientos del TEDH en relación a la valoración probatoria del silencio y la posibilidad de extraer del mismo consecuencias adversas para el acusado, como es el caso de: guardar silencio en la fase de investigación previa al juicio pero se declara durante éste, testigo que se niega a prestar juramento y a declarar para no realizar declaraciones que puedan autoinculparlo, el uso

Opción interpretativa que, más tarde, permanece invariable en Libro Verde sobre la presunción de inocencia. Así, en su apartado relativo al Derecho al silencio, la Comisión cita la referida sentencia Murray contra Reino Unido, para anticipar que no se trata de un derecho absoluto y junto a ello la posibilidad de extraer conclusiones desfavorables del silencio del acusado aunque, más adelante, matiza que una condena basada «única o principalmente» en la negativa a declarar sería contraria al CEDH, esto es, el Tribunal no puede concluir que el acusado es culpable sólo porque permanece callado, pero, «en el caso de que las pruebas contra él [exijan] una explicación que el acusado esté en condiciones de dar y no lo haga, puede extraerse la conclusión de sentido común de que no existe ninguna explicación y el acusado es culpable». Y, en sentido contrario, continúa, cuando la debilidad de los argumentos de la acusación no requiera respuesta, el hecho de no responder no significa que el acusado sea culpable²⁰.

Como no podría ser de otra manera, nuestro Tribunal Constitucional, en resoluciones temporalmente próximas a la elaboración del Libro Verde y a la STEDH sobre el caso Murray, llegó a extraer consecuencias probatorias del silencio del acusado. Una muestra de ello es la STC 202/2000, de 24 de julio, donde en su FJ 5 considera que la omisión de explicaciones sobre el comportamiento enjuiciado, en atención al legítimo derecho a guardar silencio, puede utilizarse por el Tribunal *a quo* para fundamentar la condena, «a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria (STC 220/1998, FJ 4) o bien fuese la consecuencia del solo hecho de haber optado la recurrente por guardar silencio». Un pronunciamiento en línea similar al anterior es la STC 155/2002, de 22 de julio (caso Lasa-Zabala), donde el Tribunal vuelve a mantener una doctrina próxima a la del TEDH en el caso Murray, a la que se refiere expresamente en el FJ 15, y donde concluye que cabe extraer consecuencias adversas del silencio del acusado cuando existen otras pruebas y concurren circunstancias que, valoradas en su conjunto, permiten inferir que el acusado podía ofrecer una explicación de los hechos, a falta de la cual no cabe otra cosa que concluir la veracidad de las imputaciones formuladas²¹.

como prueba de cargo de las manifestaciones con potencial inculpatario realizadas ante un agente encubierto o el derecho a no auto inculparse y las obligaciones impuestas a los titulares de vehículos de manifestar la identidad del infractor.

²⁰ MARTÍN DÍZ, F., «Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Europea de Derecho Fundamentales*, núm. 18/2.º semestre, 2011, p. 158.

²¹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El derecho a no inculparse*, ob. cit., p. 187. Asimismo, AGUILERA MORALES, M., «Justicia penal y unión europea: un breve balance en clave de derechos», ob. cit., p. 17;

Sin embargo, junto a la tendencia jurisprudencial que se acaba de señalar, también es cierto que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en otras resoluciones en sentido contrario al referido. Así, en el FJ 6 de la STC 159/2008, de 17 de noviembre, citando jurisprudencia contraria a la anterior (SSTC 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2006, de 16 de abril, FJ 8), el Tribunal advierte que nuestro Ordenamiento Jurídico no sanciona la falta de colaboración con la Administración de Justicia, ni lo sujeta a la obligación de decir verdad, por lo que «no cabe extraer ninguna consecuencia negativa para aquel meramente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable²². En el presente caso, pues, no puede sostenerse, en modo alguno, que el ejercicio legítimo del derecho fundamental a no declarar pueda erigirse en elemento corroborado que coadyuve a la propia condena²³.

Una vez dicho lo anterior, creo necesario destacar que la Directiva ha ido más lejos que el Libro Verde, ya que asume una posición más garantista con los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. En el párrafo 5 del propio artículo 7, prevé que el ejercicio de esos derechos, por parte de los sospechosos y acusados, «no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate». Ahora bien, en el considerando 28 de la Directiva, cuyo primer párrafo prácticamente reproduce el artículo 7.5, se añade un elemento de corrección a lo anterior que genera alguna duda difícil de despejar, al afirmar: «Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa». Por lo tanto, pese a la prohibición del artículo 7.5, el considerando no impide que los jueces valoren el silencio para evaluar otra prueba al dictar sentencia, siempre que se respeten los derechos de defensa²⁴. No obstante, creo que las dudas relativas a la interpretación del derecho a guardar silencio deben ajustarse al mandato del artículo 7.5 de la Directiva, esto es, que no cabe dotar de valor probatorio al silencio ni puede ser utilizado en contra del acusado.

ALLUÉ BUIZA, A., «Una presunción de inocencia extensa y poco intensa», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 335 y ss.

²² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., La valoración del Derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea», ob. cit., pp. 56 y ss.

²³ Asimismo, AGUILERA MORALES, M., «Justicia penal y unión europea: un breve balance en clave de derechos», ob. cit., pp. 17-18, donde cita también jurisprudencia del Tribunal Supremo en un sentido similar al acabado de exponer y que, en todo caso, viene presidido por la oscilación de criterios.

²⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», en *InDret*, 3/2017, pp. 22-23, en particular, nota a pie de página núm. 57.

2.2 La prohibición de «forzar» al sospechoso o acusado y el ejercicio legítimo de poderes coercitivos por parte del Estado

En el considerando 25 de la Directiva se establece que: «no se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o que faciliten información que pueda resultar auto inculpatória». Ahora bien, ni en la Directiva ni en los considerandos se determina qué debe entenderse por «forzar»; no obstante, en el considerando 17 de la Propuesta de Directiva se realizaba una definición del concepto en sentido negativo:²⁵ «Debe limitarse la coerción ejercida para compeler al sospechoso o acusado a facilitar información», a lo que añade que los criterios para determinar si la coerción vulnera sus derechos deben ser: la naturaleza y el «grado de coerción con que se han obtenido las pruebas», el interés público, el castigo del delito en cuestión, la existencia de garantías pertinentes en el proceso y el uso dado al material así obtenido.

En relación con lo acabado de referir, creo que de ello se infieren distintas consideraciones que, anticipo, me parecen discutibles. En primer lugar, vaya por adelantado que la Propuesta de Directiva parece que no desdeña el uso de la coacción. El considerando no dice que se reprueba o que está prohibida, sino que «debe limitarse», y, seguidamente se proponen una serie de criterios para determinar si la coerción ha vulnerado los derechos del sospechoso o del acusado como: el interés público o el castigo del delito en cuestión. La consecuencia que se desprende de lo anterior es más que evidente ya que cabe preguntarse si atendiendo al interés público o al castigo inherente al delito en cuestión es posible considerar un mayor o menor grado de coerción. Es cierto que seguidamente se afirma que el grado de «coerción» ejercido «no puede aniquilar, ni siquiera por motivos de seguridad y de orden público, la esencia de su derecho a no auto inculparse y a no guardar silencio», aunque creo que esa afirmación no descarta y desde luego no prohíbe el «forzar». Es más, permítaseme ir más lejos en la polémica, ya que lo afirmado en el párrafo es que el grado de coerción «no puede aniquilar» la esencia del derecho a no auto inculparse y a guardar silencio, pero hay que advertir que ese grado de «aniquilación» de los derechos puede revestir distintas intensidades en atención al «forzamiento» utilizado con el sospechoso o el acusado.

²⁵ «Propuesta de Directiva del Parlamento 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, de 27 de noviembre de 2013.

En ese mismo orden de, digámoslo así, contradicciones me llama la atención que a pesar de que en los considerandos parece no descartarse la aceptación de un mínimo grado de coerción sobre los sospechosos o acusados, en el artículo 7.4 de la Propuesta de Directiva se establecía de forma inequívoca que las pruebas obtenidas «en vulneración del presente artículo serán inadmisibles». En efecto, si el texto se hubiera detenido en ese mismo punto entendería que las dudas que acabo de manifestar eran infundadas. Pero, lejos de ello, en el siguiente párrafo de ese mismo precepto se añade: «... salvo si su uso no menoscaba la equidad del proceso». Luego, retornan las contradicciones en un texto que inicialmente realiza una afirmación de carácter general para seguidamente excepcionar ese principio.

Cabe añadir que, en el texto definitivo, ni las previsiones del considerando 17, ni las del artículo 7.4 de la Propuesta se incluyeron en el texto de la Directiva²⁶. Referencia que se suprime del texto definitivo al entenderse que «es simplemente inaceptable que las autoridades puedan recurrir a la coerción para obtener información de un sospechoso o de un acusado²⁷». Es más, la Comisión de Asuntos Jurídicos sugería que debía de constar de manera expresa en la Directiva «que está prohibido el uso de violencia física o psicológica o de amenazas contra una persona sospechosa acusada dado que ello constituye una violación del derecho a la dignidad humana y a un juicio justo²⁸». Previsión que no se incorporó al texto y que, a mi entender, viene a agrandar la lista de «clamorosas ausencias» de la Directiva²⁹, a pesar de que en su artículo 10.2, en relación a los criterios de admisibilidad de la prueba por cada uno de los Estados miembros, se establece que se garantizará el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de valorar las declaraciones o las pruebas obtenidas vulnerando el derecho a guardar silencio.

Por otro lado, como elemento de corrección a las consideraciones anteriores, me parece imprescindible referir que en este contexto es inevitable traer a colación el artículo 3 del CEDH: «Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas inhumanas o degradantes», que consagra uno de los valores fundamen-

²⁶ ARANGÜENA FANEGO, C., «Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales», en <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000243037/20170303/Las-garantias-procesales-de-sospechosos-e-imputados-en-procesos-penales>, p. 5.

²⁷ GONZÁLEZ MONJE, A., «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, mayo 2016, pp. 18-19, nota a pie de página núm. 71.

²⁸ GONZÁLEZ MONJE, A., ob. cit., p. 19, nota a pie de página núm. 72.

²⁹ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», ob. cit., p. 34.

tales de los países que integran el Consejo de Europa y que no puede ser objeto de limitación o suspensión bajo ninguna circunstancia, «ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación», artículo 15.2 CEDH³⁰. Principios que, asimismo, se recogen en el considerando 45 de la Directiva, en relación a las pruebas obtenidas vulnerando el artículo 3 CEDH. A pesar de todo, a mi parecer, la Directiva debería haber establecido una mayor concreción en esta materia para evitar las dudas interpretativas que pudieran permear la fórmula relativa a «forzar» al sospechoso o acusado.

En un sentido distinto al anterior, se debe matizar que, en efecto, el artículo 7.3 de la Directiva prevé el derecho a no declarar contra sí mismo de sospechosos y acusados, aunque ello no impide que las autoridades competentes tengan facultades para obtener pruebas legalmente mediante «el ejercicio legítimo de poderes coercitivos», con independencia de la voluntad de los sospechosos o acusados. Por su parte, el considerando 29 de la Directiva prácticamente reproduce el precepto, aunque ejemplifica la previsión: «como, por ejemplo, el material obtenido con arreglo a una orden judicial, 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». Previsión que refleja la aplicación de la doctrina del TEDH³¹, quien distingue entre datos obtenidos por medios coercitivos y datos que existen independientemente de la voluntad del sospechoso³². En definitiva, con ello se distingue entre la denominada «participación activa y voluntaria», que permite la abstención o negativa del acusado que requiera por su parte un hacer, de la «participación pasiva», entendida como un «dejar hacer», esto es, someterse a intervenciones para la obtención de medios de prueba que puedan utilizarse en su contra, con independencia de la voluntad contraria del acusado³³; pero, no por evidente me parece superflua la observación, y, es que tal tipo de prácticas ha de venir acompañada de la preceptiva orden judicial que las autorice³⁴.

³⁰ SALADO OSUNA, A., «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 85 y ss.

³¹ STEDH de 17 de diciembre de 1996, asunto Saunders c. Reino Unido.

³² AZAÚSTRE RUIZ, P., «La presunción de inocencia en el proceso penal: comentario a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan determinados aspectos de dicha presunción», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3-2017, p. 10.

³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia», ob. cit., p. 7.

³⁴ Al respecto, *vid.*, las interesantes consideraciones de PASCUAL SUAÑA, O., «Derecho a no inculparse en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el Derecho a estar presente en juicio», ob., cit., pp. 70-71.

2.3 El «comportamiento cooperador» y la información relativa al derecho a no declarar

Finalmente, quisiera ocuparme de dos previsiones que me han llamado particularmente la atención. La primera de ellas es el apartado cuarto del artículo 7, en el que se prevé que los Estados miembros «podrán permitir», que, al dictar sentencia, las autoridades judiciales tomen en consideración un «comportamiento cooperador» por parte de los sospechosos y acusados. Disposición que no dispone de su correlativo considerando de desarrollo en la Directiva y que, a mi parecer, pone de manifiesto el carácter facultativo de la previsión en relación a que los Estados «podrán permitir» que las autoridades judiciales consideren el «comportamiento cooperador» a modo de circunstancia atenuante. Ahora bien, no se olvide que se trata de un comportamiento cooperador por parte del sospechoso o del acusado con respecto a su derecho a guardar silencio o a no declarar contra sí mismo, en otras palabras, que si presta una declaración inculpatoria es factible la atenuación de la pena, previsión que para algún autor puede fomentar el empleo de «incentivos perversos» con los que se brinde a los acusados a renunciar al ejercicio de sus derechos a cambio de una condena más leve, sin que, además, no se haga ninguna referencia a las condiciones o a las circunstancias que deben concurrir para que se considere válida la renuncia a esos derechos³⁵; previsión que, por otro lado, debe diferenciarse de la circunstancia atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código penal dado que, ésta, únicamente sería considerada cuando se produjera «antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él».

En segundo lugar, creo singular la tibieza de la Directiva en relación a la información de sus derechos a los sospechosos o acusados en relación a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. En efecto, el considerando 31 de la Directiva dispone que los Estados miembros «deben examinar la posibilidad» de que cuando estos recibieren información sobre sus derechos con arreglo al artículo 3 de la Directiva 2012/13/UE, se les proporcione igualmente información sobre el derecho a no declarar contra sí mismo. A la vez, en el considerando 32 de la Directiva se previene una fórmula idéntica para el derecho a no declarar contra sí mismo. A mi juicio hubiera sido deseable que el carácter potestativo de la previsión fuere preceptivo, tal y como preveía el ar-

³⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», ob. cit., p. 23.

título 7.2 de la Propuesta de Directiva³⁶, así como en el apartado 35 de los denominados «Aspectos jurídicos de la propuesta³⁷», esto es, que se estableciera de forma concluyente la obligación de informar y no que se dejara al criterio de los Estados, como ya ocurrió en relación al no «forzar» al sospechoso o acusado. Al respecto, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, propuso una enmienda para que el precepto incorporara una fórmula aún más contundente, ya que añadían a la facilitación inmediata de información a los sospechosos o acusados, «antes de que las autoridades públicas procedan a cualquier interrogatorio en el juicio, así como en el momento de su detención»³⁸. Lamentablemente no se incorporó la enmienda a la Directiva, sino que decayó la propuesta para adoptarse una fórmula particularmente inconcreta en los considerandos.

III. EL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO

El otro derecho que voy a analizar forma parte del segundo bloque de la Directiva: el derecho de sospechosos y acusados a estar presente en el juicio, artículos 8 y 9.

Conviene precisar que la presencia del acusado en el proceso, garantía exigible al amparo del artículo 6 CEDH, no está regulada expresamente en el precepto pero deriva del derecho a un proceso equitativo, al tratarse de uno de los derechos esenciales de la defensa y, por lo tanto, uno de las garantías básicas de una sociedad democrática³⁹. Así, el TEDH, en el caso de *Hermi contra Italia*, de 18 de octubre de 2006⁴⁰, la Gran Sala determina que la comparecencia de un acusado reviste una importancia capital en interés de un proceso penal justo y equitativo, así como la obligación de garantizar el hecho de estar presente en la Sala; derecho a comparecer en audiencia que no se menciona

³⁶ «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 o invocación»

³⁷ «Los sospechosos o acusados deben ser inmediatamente informados de su derecho a permanecer en silencio, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2012/13/UE. Dicha información debe asimismo hacer referencia al contenido del derecho a permanecer en silencio y a las consecuencias de su renuncia o invocación»

³⁸ GONZÁLEZ MONJE, A., «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», *ob. cit.*, p. 21.

³⁹ GONZÁLEZ MONJE, A., «La presunción de inocencia en la Unión Europea...», *ob. cit.*, p. 22.

⁴⁰ STEDH (Gran Sala), de 18 de octubre de 2006, asunto *Hermi c. Italia*.

expresamente en el artículo 6.1, aunque se deriva del objeto y fin del artículo. Por otro lado, la Sentencia considera que los párrafos c), d) y e) del apartado 3 reconocen a «todo acusado» el derecho a «defenderse por sí mismo», «interrogar o hacer interrogar a los testigos» y «a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia» lo que no se concibe sin su presencia (STEDH de 12 febrero 1985, Colloza c. Italia).

Asimismo, el TEDH entiende que no se trata de un derecho absoluto y que en determinadas condiciones, «el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita pero inequívoca»⁴¹, siempre que se acompañe con las garantías mínimas correspondientes a su gravedad y que no se oponga ningún interés público relevante⁴². La Directiva, en todo caso, pretende garantizar la protección expresa de ese derecho por lo que el artículo 8.1 dispone, ahora sí con carácter preceptivo, que los Estados miembros «garantizarán» el derecho a estar presente en juicio de los sospechosos y acusados. Sin embargo, atendiendo a que no es un derecho absoluto, el artículo 8 contempla diversas opciones: 1) la celebración del juicio en ausencia siempre que se cumplan determinados requisitos; 2) celebración de juicio en ausencia de quien no ha podido ser localizado; 3) la exclusión temporal del juicio; y, 4) la posibilidad de desarrollar el juicio por escrito.

3.1 La celebración del juicio en ausencia siempre que concurren determinados requisitos

La Directiva parte del criterio, asumido por el TJUE –entre otros⁴³– en el Caso Melloni, de que un juicio sin la presencia del acusado no es, por sí mismo, contrario al artículo 6 CEDH, ya que: «... no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto.»

Las previsiones del art.8 de la Directiva no tienen su origen únicamente en la Jurisprudencia del TEDH, sino que la Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio, sobre la orden europea de detención y entrega, ya establecía en

⁴¹ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, considerando 1.

⁴² STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto Melloni.

⁴³ Igualmente, *vid.*, STEDH de 6 de septiembre de 2012, asunto Trade Agency.

su artículo 5 determinadas garantías que debía auspiciar el Estado miembro. Así, el apartado 1 disponía que, si la persona afectada no había sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estaría condicionada a que la autoridad judicial emisora ofreciera garantías suficientes para asegurar que la persona tendría la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguardara sus derechos de defensa, así como a estar presente en la vista. No obstante, la citada Decisión Marco es modificada por la 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, que adiciona el artículo 4 bis a la anterior 2002/584/JAI, donde incorpora los requisitos establecidos por la Jurisprudencia del TEDH para los juicios celebrados sin comparecencia del imputado; precepto de la Decisión Marco que fue prácticamente reproducido en la Propuesta de Directiva para, finalmente, decaer dado que los Estados miembros entendían que era un precepto detallado en exceso que iba más allá del objeto de una Directiva, ya que éstas, se añadía, tienen por objeto establecer unos criterios generales sin obviar que se transponen en la legislación de los Estados y, por lo tanto, se convierten en Derecho interno⁴⁴.

Como decía, el artículo 8 de la Directiva utiliza una fórmula preceptiva: los Estados miembros «garantizarán» la presencia en el juicio; carácter que se confirma en los considerandos correlativos al establecerse que se trata de uno de los principios básicos de una sociedad democrática además de que es un Derecho que debe garantizarse en toda la Unión, a lo que se puntualiza que cuando ello no fuere posible, los sospechosos o acusados «deben tener la posibilidad de solicitar una nueva fecha». Ahora bien, el considerando 35 establece que el derecho no es absoluto, por lo que en determinadas circunstancias ha de poder renunciarse a él, ya sea de «manera expresa o tácita, pero siempre inequívoca». A lo anterior hay que enfatizar que no se señalan cuáles son esas «determinadas circunstancias», ni cuál es la forma idónea. Se trata de una cláusula abierta puramente valorativa, sin perjuicio de que una renuncia tácita difícilmente puede ser inequívoca⁴⁵. En todo caso, parece evidente la indeterminación del considerando, sin que se pueda descartar el hecho de que se haya dejado abierto de forma deliberada para que cada uno de los Estados miembros lo dote de contenido material.

⁴⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», ob. cit., p. 29, nota a pie de página núm. 73.

⁴⁵ GONZÁLEZ MONJE, A., «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», ob. cit., p. 25.

Los requisitos que establece el artículo 8 de la Directiva para poder celebrar el juicio en ausencia son: a) que haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de su incomparecencia; y, b) que una vez informado esté formalmente defendido por un letrado designado por el Estado o, bien, por él mismo. Circunstancias que, cuando concurren, determinan que podrá ejecutarse cualquier resolución adoptada contra el sospechoso o acusado. Una vez dicho lo anterior, cabe añadir que en los considerandos se abordan, al menos parcialmente, algunas de las dudas relativas a las notificaciones dirigidas a informar al sospechoso o al acusado. Así, en el considerando 38 se alude a que se debe prestar especial atención a la diligencia de las autoridades públicas en informar a la persona interesada, así como a la diligencia del destinatario en recibir la información que se le traslada⁴⁶. Sin embargo, seguidamente volveremos sobre ello, esa referencia a la «diligencia» exigible a las autoridades públicas en informar a la persona interesada me suscita algo más que preocupación ya que creo que no es difícil de imaginar que en algunos casos esa obligación puede llegar a ser una exigencia simplemente formal o, en todo caso, con estándares diferentes en cada uno de los países de la Unión. Es más, ha de tenerse en cuenta que en los casos de juicio en ausencia del acusado, la STEDH de 30 de enero de 2001, caso Vaudelle c. Francia, afirma que, si bien la notificación personal a un acusado es reveladora del conocimiento efectivo de la citación, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad hace exigible que los órganos judiciales desarrollen las «diligencias complementarias necesarias para despejar cualquier duda al respecto».

En todo caso, como bien considera nuestro Tribunal Constitucional, en aquellos supuestos en los que esté determinada la posibilidad de celebrar un juicio oral en ausencia del acusado ello se condiciona, entre otros aspectos, a que se haya garantizado suficientemente su presencia, dándole la oportunidad de comparecer mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo y, por tanto, verificando que la ausencia es el resultado de una decisión voluntaria (STC 135/1997, de 21 de julio, FFJJ 6 y 7). En esta misma línea de consideraciones, el TEDH ha establecido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico. No obstante, el artículo 6 del CEDH no se infringe cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio (STEDH de 23 de noviembre de 1993, asunto Poitrimol c. Francia). Asimismo, el TJUE ha afirmado, en relación con los derechos a la tutela

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia», ob. cit., p. 8.

judicial efectiva, a un proceso equitativo y a la defensa (arts. 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), que el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. (STJUE [Gran Sala] 26 de febrero de 2013, asunto Melloni).

3.2 **Celebración del juicio en ausencia de quien no ha podido ser localizado**

En el artículo 8.4 de la Directiva se prevé este supuesto que hay que relacionar con lo dispuesto en el artículo 9. En el primero se establece que cuando no se han podido cumplir las condiciones establecidas en el apartado anterior (información de la existencia del juicio y de las consecuencias de su incomparecencia, así como la existencia de defensa letrada o la posibilidad de ejercerla él mismo), esto es, cuando el interesado no ha podido ser localizado a pesar de que el Estado haya realizado «esfuerzos razonables» para ello, los Estados miembros garantizarán que cuando sean informados de la resolución, básicamente cuando se les detenga, se les informe de la «posibilidad de impugnarla y del derecho a un nuevo juicio o a interponer otro tipo de recurso».

Antes de continuar me parece oportuno realizar una breve mención a la posibilidad de celebrar un juicio en nuestro país en ausencia del acusado, requisitos que, como es sabido, en el caso del procedimiento abreviado se recogen en el artículo 786 de la LECrim, esto es: ausencia injustificada; que el acusado haya sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775.1 LECrim; que medie solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora; que el Juez o Tribunal estimen que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento; y, a mi juicio esencial para la hipótesis que nos ocupa, que la pena solicitada no supere los dos años de privación de libertad o, si fuere de otra naturaleza, que no excediere de diez años.

Sin embargo, nótese que en el caso de la Directiva no se establece ninguna condición que pudiera limitar la celebración de juicios en ausencia, con independencia de cuál fuera la pena solicitada por la acusación, por lo que en sentido contrario no sería aventurado considerar que cualquier tipo de asunto sería susceptible de ser juzgado en ausencia, ya que lo único que se requiere es

que el interesado haya sido informado de la existencia del mismo y que, a su vez, la defensa letrada estuviere garantizada.

Por otro lado, la Directiva requiere que el Estado haya realizado «esfuerzos razonables» para localizar al acusado, para que cuando sea así el sospechoso o acusado sea juzgado, pero, ¿en qué consisten esos «esfuerzos razonables»? En este punto me parece esencial volver a traer a colación, la STEDH de 30 de enero de 2001, caso Vaudelle c. Francia, y la exigencia de la práctica de «diligencias complementarias» para despejar cualquier duda al respecto. En todo caso, al sujeto, una vez detenido, se le notificará que ha sido juzgado y condenado, se le informará de la posibilidad de impugnar la sentencia, así como del derecho a un nuevo juicio o de la facultad de interponer un recurso. Información que se le trasladará por escrito, según previene el considerando 39 de la Directiva, aunque esta misma contempla la posibilidad de que la información pueda ser trasladada oralmente, con el requisito de que quede registrada la correspondiente diligencia de que se ha informado. A este respecto, conviene recordar que el artículo 6.3.a) del CEDH no impone requisitos específicos sobre la manera en que ha de informarse a los sospechosos de la naturaleza y de la causa de la acusación que se formula en su contra. Así, se ha admitido que, en algunas circunstancias, la notificación verbal puede ser admisible⁴⁷ pero en otras, el TEDH ha determinado que las circunstancias exijan notificación escrita, apuntando, por ejemplo, que un acusado extranjero puede verse perjudicado si no se le facilita una traducción escrita de la acusación en una lengua que entienda⁴⁸. Sin embargo, esa previsión parece obviar las dificultades que se infieren de la celebración de un nuevo juicio y de que, en todo caso, el entonces ya condenado dispondría de menos instancias para defenderse, además de que no se descarta en la propia Directiva que la impugnación de la sentencia condenatoria acabe en la interposición de un recurso⁴⁹.

En directa relación con lo anterior, me vuelve a parecer necesario mencionar la previsión en nuestro país para los supuestos de impugnación de la sentencia en ausencia del acusado. Así, en el procedimiento abreviado, la vía es la del recurso de anulación del artículo 793.2 LECrim⁵⁰. En ese caso, la competencia para el caso de una sentencia dictada por un Juez de lo Penal

⁴⁷ STEDH, de 26 de marzo de 1999, caso Pélisser y Sassi c. Francia.

⁴⁸ STEDH, de 19 de diciembre de 1989, asunto Kamasinski contra Austria.

⁴⁹ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», ob. cit., p. 30.

⁵⁰ Artículo 793.2 LECrim: «La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en el que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia».

correspondería a la Audiencia Provincial respectiva, mientras que si la sentencia es dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial, correspondería al Tribunal Supremo. La función básica del recurso de nulidad reside en controlar la decisión del órgano judicial de no acceder a la suspensión del juicio ante la ausencia injustificada del acusado por entender que concurren los elementos suficientes para el enjuiciamiento y, obviamente, en el caso de que no confluyan esos requisitos proceder a la anulación del juicio. A mi parecer, la LECrim vuelve a establecer unos criterios que disponen de un nivel de protección para el condenado más sólido que el dispuesto en la Directiva⁵¹. Es más, no puede pasar desapercibido que tanto en el artículo 8.4 como en el 9 de la Directiva se garantiza el derecho a un nuevo juicio pero, con carácter alternativo, a «interponer otro tipo de recurso» «u otras vías de recurso», con lo cual la vía prevista sería exclusivamente documental, es decir, no se celebraría un nuevo juicio de modo que el ejercicio de derecho de defensa por parte del condenado no atendería a los principios de oralidad y publicidad que caracterizan al sistema de enjuiciamiento acusatorio y que son presupuestos de la inmediación y contradicción de las pruebas.

3.3 La exclusión temporal del juicio

En el artículo 8.5 de la Directiva, en un lacónico precepto, que no estaba previsto en la Propuesta de Directiva, se estipula que el Juez o Tribunal «puede excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado cuando sea necesario para asegurar el curso adecuado del proceso penal, siempre que se respete el derecho de defensa». En una línea similar, el considerando 40 reproduce prácticamente de forma literal el precepto, aunque lo ejemplifica. Así ocurriría, afirma, «por ejemplo, si el sospechoso o acusado perturbase la vista y tuviese que ser desalojado de la sala por orden del juez, o si la presencia de un sospechoso o acusado impidiese la audiencia adecuada de un testigo». Las consideraciones, nuevamente, escépticas cuando no críticas que se desprenden de la previsión son de un cierto calado. Piénsese, sin ir más lejos, que en la Directiva no se prevé el plazo de expulsión del sospechoso o acusado. Es cierto que se refiere a un plazo temporal, pero no lo concreta ni facilita criterios

⁵¹ Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016: artículo 13. No regresión: «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 y de otras disposiciones pertinentes del Derecho internacional o del Derecho de cualquier Estado miembro que garantice un nivel de protección más elevado».

para minorarlo y garantizar con ello el derecho de defensa del acusado. Es más, en sentido contrario, entiendo que esas exclusiones temporales del juicio deberían ser excepcionales, durante el tiempo estrictamente necesario y siempre que, a su vez, se garantizara su derecho de defensa.

El ejemplo que ofrece el considerando es el recurrente supuesto de los problemas de perturbación de la vista por la conducta del acusado cuya exclusión, insisto, debería ser excepcional y con plenas garantías de no menoscabar su derecho de defensa. Asimismo, se refiere a los casos en los que la presencia del acusado pudiera condicionar la declaración de un testigo. Sin embargo, a tal efecto se debe recordar que existen mecanismos para evitar que el acusado tenga que abandonar la Sala durante el juicio, como los previstos en la Directiva 2012/29/UE, donde se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que se recogen en los artículos 18 y ss., que disponen la protección de las víctimas y el reconocimiento de las que tengan necesidad de protección especial.

Sea como fuere, a pesar de la indeterminación del periodo de exclusión del juicio al sospechoso o acusado, lo indiscutible es que ésta es de carácter «temporal», por lo que llegado el momento de la transposición a nuestro ordenamiento, debería incorporarse el carácter acotado de la misma al artículo 687 de la LECrim, ya que, en sentido contrario, si bien permite la expulsión acotada del acusado también contempla que pueda tener lugar durante toda la duración de las sesiones⁵².

3.4 Los procedimientos por escrito

En el apartado destinado a analizar las características esenciales de la celebración del juicio en ausencia de quien no ha podido ser localizado (supra III.2), he discrepado de la posibilidad abierta en la Directiva de sustituir la celebración de un nuevo juicio por la interposición de un recurso ya que, a mi juicio, se vulneraban los elementos fundamentales del principio acusatorio. Crítica que se ajusta en buena medida a la Jurisprudencia del TEDH quien ha reconocido, en reiteradas ocasiones, que la audiencia oral y pública es un principio esencial derivado del artículo 6 CEDH. Sin embargo, ese principio, afirma el TEDH, no es absoluto ya que puede haber procesos en los que no se precise. Sería el caso de que no concurren «cuestiones o hechos

⁵² VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», ob. cit., p. 32.

controvertidos que necesiten audiencia y si los tribunales pueden decidir el caso justa y razonablemente sobre la base de las alegaciones de las partes y otros materiales escritos⁵³».

Atendiendo al mismo criterio, el artículo 8.6 de la Directiva previene que: «El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales con arreglo a las cuales el procedimiento, o ciertas fases del mismo, se desarrolla por escrito, siempre que se respete el derecho a un juicio justo». El correlativo considerando 41 previene que el derecho a estar presente en el juicio, únicamente, no es aplicable cuando las normas nacionales del procedimiento no prevean la celebración de ninguna vista. Sería el caso, añade, «cuando el procedimiento se tramita de forma simplificada, total o parcialmente después de un procedimiento que no prevea la celebración de ninguna vista». Es lo que sucede en algunos ordenamientos de los Estados miembros donde se estipulan procedimientos simplificados para delitos leves en los que se propone una determina sanción previa audiencia, garantizándole, si lo considera oportuno, la posibilidad de oponerse antes de que la decisión devenga firme⁵⁴.

Para concluir con este análisis parcial de la Directiva, me parece significativo destacar que en el considerando 42, en relación al derecho a estar presente y el derecho a la celebración de un nuevo juicio, se hace una especial mención a la necesidad de que los estados miembros garanticen las necesidades particulares de las «personas vulnerables», debiendo entenderse por ello a «todos los acusados o sospechosos que no puedan comprender o participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física o a cualquier discapacidad que puedan tener». Para, seguidamente, en el considerando 43 disponer que los menores son personas vulnerables y que, por ello, precisan de un grado específico de protección, por lo que deben establecerse garantías procesales específicas para ellos en relación a algunos de los derechos establecidos en la Directiva, aunque, no especifica cuáles son.

IV. VALORACIÓN GLOBAL

Vaya por adelantado que, como hemos visto, únicamente se han abordado determinados aspectos de la Directiva, por lo que la valoración o las conclusiones son de índole parcial. Así, en directa relación con lo anterior y en relación al Derecho a guardar silencio y al Derecho a no declarar contra sí

⁵³ STEDH, de 23 de noviembre de 2006, asunto Jussile c. Finlandia

⁵⁴ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. *ibidem*.

mismo, cabe señalar que la Directiva ha ido más lejos que el Libro Verde, ya que asume una posición más garantista. Así, en el párrafo 5 del propio artículo 7, prevé que el ejercicio de esos derechos, por parte de los sospechosos y acusados, «no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate». Ahora bien, en el considerando 28 de la Directiva, cuyo primer párrafo prácticamente reproduce el artículo 7.5, se añade un elemento de corrección a lo anterior que genera alguna duda difícil de despejar, al afirmar: «Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa». Por lo tanto, pese a la prohibición del artículo 7.5, el considerando no impide que los jueces valoren el silencio para evaluar otra prueba al dictar sentencia, siempre que se respeten los derechos de defensa. No obstante, creo que las dudas relativas a la interpretación del derecho a guardar silencio deben ajustarse al mandato del artículo 7.5 de la Directiva, esto es, que no cabe dotar de valor probatorio al silencio ni puede ser utilizado en contra del acusado.

Por otro lado, con respecto a la prohibición de forzar al sospechoso o acusado y al ejercicio legítimo de poderes coercitivos por parte del Estado, es imprescindible evidenciar que en el texto definitivo de la Directiva se suprimen las previsiones del artículo 7.4 de la Propuesta ya que, como hemos visto, era inaceptable la consideración de que las autoridades pudieran recurrir a la coerción para obtener información de un sospechoso o de un acusado. Es más, la Comisión de Asuntos Jurídicos sugería que debía constar de manera expresa en la Directiva «que está prohibido el uso de violencia física o psicológica o de amenazas contra una persona sospechosa acusada dado que ello constituye una violación del derecho a la dignidad humana y a un juicio justo». Previsión que no se incorporó al texto y que, a mi entender, viene a agrandar la lista de «clamorosas ausencias» de la Directiva, a pesar de que en su artículo 10.2, en relación a los criterios de admisibilidad de la prueba por cada uno de los Estados miembros, se establece que se garantizará el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de valorar las declaraciones o las pruebas obtenidas vulnerando el derecho a guardar silencio. No obstante, como elemento de corrección a las consideraciones anteriores, es inevitable traer a colación el artículo 3 del CEDH: «Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas inhumanas o degradantes», previsión que consagra uno de los valores fundamentales de los países que integran el Consejo de Europa y que no puede ser objeto de limitación o suspensión bajo ninguna circunstancia, «ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación», artículo 15.2 CEDH. Principios que, asimismo, se recogen en el considerando 45 de la Directiva, en

relación a las pruebas obtenidas vulnerando el artículo 3 CEDH. A pesar de todo, a mi parecer, la Directiva debería haber establecido una mayor concreción en esta materia para evitar las dudas interpretativas que pudieran permear la fórmula relativa a «forzar» al sospechoso o acusado.

En cuanto a la previsión sobre el comportamiento cooperador de los sospechosos y acusados, la Directiva dispone que si presta una declaración inculpatoria es factible la atenuación de la pena. Previsión que, no creo que sea disparatado, puede fomentar el empleo de «incentivos perversos» con los que se brinde a los acusados a renunciar al ejercicio de sus derechos a cambio de una condena más leve, sin que, además, se haga referencia a las condiciones o a las circunstancias que deben concurrir para que se considere válida la renuncia a esos derechos. Asimismo, creo singular la tibieza de la Directiva en relación a la información de sus derechos a los sospechosos o acusados en relación a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, esto es, a que no se prevea de forma concluyente la obligación de informar y no que se dejara al criterio de los Estados.

Finalmente, en relación al derecho a estar presente en juicio, cabe destacar que el TEDH entiende que no se trata de un derecho absoluto y que en determinadas condiciones, «el acusado puede renunciar libremente a él de forma expresa o tácita pero inequívoca», siempre que se acompañe con las garantías mínimas correspondientes a su gravedad y que no se oponga ningún interés público relevante. La Directiva, en todo caso, pretende garantizar la protección expresa de ese derecho por lo que el artículo 8.1 dispone, ahora sí con carácter preceptivo, que los Estados miembros «garantizarán» el derecho a estar presente en juicio de los sospechosos y acusados. Sin embargo, atendiendo a que no es un derecho absoluto, el artículo 8 contempla diversas opciones: 1) la celebración del juicio en ausencia siempre que se cumplan determinados requisitos; 2) celebración de juicio en ausencia de quien no ha podido ser localizado; 3) la exclusión temporal del juicio; y, 4) la posibilidad de desarrollar el juicio por escrito.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., «Justicia penal y Unión Europea: un breve balance en clave de derechos», en *Archivo Penale*, núm. 3, 2016.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «Alcance constitucional del Derecho a guardar silencio en el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 49, 2018.

- «La valoración del Derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1-2017.
- ANEIROS PEREIRA, J. «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2002
- ARANGÜENA FANEGO, C. «Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales», en <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000243037/20170303/Las-garantias-procesales-de-sospechosos-e-imputados-en-procesos-penales>.
- BANACLOCHE PALAO, J. «El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000
- FALCÓN Y TELLA, R. «El derecho a no declarar y la inviolabilidad del domicilio: la STC 54/2015, de 16 de marzo», en *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2015;
- FERNÁNDEZ ANTELO, L. «Garantías constitucionales del proceso (art. 24.2 CE)», en *Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- GARCÍA MORENO, V. A. «Procedimiento inspector, validez del consentimiento otorgado para acceder al domicilio y derecho a no inculparse (a propósito de la STC 54/2015)», en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 2, mayo 2015.
- GARCÍA ROCA, J., y VIDAL ZAPATERO, J. M. «El Derecho a un Tribunal independiente e imparcial» en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca, J., y Santolaya, P., Coordinadores), 3.^a ed., Madrid, 2014.
- GONZÁLEZ MONJE, A. «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, mayo 2016.
- GUDE FERNÁNDEZ, A. «Los derechos del detenido en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 27, 2007.
- HASSEMER, W. «La medida de la Constitución» (traducción de Tania Ixchel Atilano Camacho), en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, 2009.
- HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. «Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, diciembre, 2016.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no inculparse», en *Derechos procesales fundamentales* (Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino; López López, Enrique, Coordinadores), CGPJ, Madrid, 2005.

- LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Artículo 24.2: el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable» en *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario, Madrid, 2009*.
- LOZANO EIROA, M. «El derecho al silencio del imputado en el proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 7925, 2012.
- MARTÍN DIZ, F. «Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Europea de Derecho Fundamentales*, núm. 18, 2.º semestre, 2011.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *El derecho a no inculparse*, Madrid, 2015.
- PASCUAL SUAÑA, O., «Derecho a no inculparse en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el Derecho a estar presente en juicio», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1-2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. «La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia», en *Diario La Ley*, núm. 8750, 27 de abril de 2016.
- SÁNCHEZ ESPARZA, M., ORDÓÑEZ PÉREZ, A. B. *Juicios mediáticos y presunción de inocencia*, Madrid, 2016, pp. 77 y ss.
- SALADO OSUNA, A., «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca, J., Coordinador), Madrid, 2009.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», en *InDret*, 3/2017.
- ZAÚSTRE RUIZ, P. «La presunción de inocencia en el proceso penal: comentario a la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan determinados aspectos de dicha presunción», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3-2017.

IV

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL. LA DIRECTIVA 2012/13/UE Y SU TRASPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO
Profesor Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El fundamento y las reglas generales de la Directiva 2012/13/UE.*—III. *Las previsiones genéricas sobre el derecho a la información en el proceso.*—IV. *El tratamiento de la información procesal relativa a la acusación.*—V. *El acceso a los materiales del expediente.*—VI. *El derecho a la información en los procesos penales en el ordenamiento español antes de la trasposición de la Directiva 2012/13/UE.*—VII. *El derecho a la información en el proceso penal tras las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015.* 7.1. El derecho a la información del investigado o encausado. 7.2. El derecho al examen de las actuaciones y el secreto de sumario. 7.3. El derecho a la información del detenido: acceso a las actuaciones y caracterización de los elementos «esenciales para impugnar la legalidad de la detención».—VIII. *Valoraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

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 penales¹, constituye uno de los resultados del Plan de Trabajo para Reforzar los Derechos

¹ DOUE, Serie L, úm. 142, de 1 de junio de 2012.

Procesales de Sospechosos o Acusados en los Procesos Penales formulado por el Consejo mediante la Resolución de 30 de noviembre de 2009², un documento previo al más general «Programa de Estocolmo» de 2010 para el desarrollo de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia³. Todos ellos tienen como primer antecedente el «Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea» de 2003, un texto donde se apostaba por armonizar la aplicación práctica de unas garantías que ya eran reconocidas en la mayor parte de los Estados miembros⁴.

Todo con el fin de materializar y fortalecer el principio de reconocimiento mutuo del artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en lo que respecta a las resoluciones penales dentro del espacio de libre circulación y residencia⁵. Para ello, se propone la adopción de estándares mínimos comunes que permitan facilitar su aplicación en los Estados miembros al tiempo que se respetan los principios jurídicos propios de cada uno, asumiendo como máxima que la intervención europea no debe modificar la estructura del proceso penal tal y como la define cada ordenamiento nacional⁶. Por esta razón, la UE ha optado por la «aproximación» de las legislaciones sustantivas y procesales de los Estados miembros en el ámbito penal, permitiendo converger en un objetivo común y unas reglas básicas que, sin embargo, permitan a cada Estado mantener su singularidad⁷.

A esta finalidad responde la Resolución de 2009 cuando se plantea la necesidad general de llevar a cabo una «actuación a escala de la Unión Europea para reforzar los derechos de los sospechosos o acusados en el marco de los procesos penales», cuya garantía a través de los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se consideraba insuficiente y necesitada de una con-

² *DOUE*, Serie C, núm. 295, de 30 de noviembre de 2009.

³ «Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano». Documento 2010/C 115/01, *DOUE*, Serie C, núm. 115, de 4 de mayo de 2010.

⁴ En relación al procedimiento y las distintas actuaciones seguidas desde la aprobación del Libro Verde hasta la Resolución de 2009, *Vid.* VALBUENA GONZÁLEZ, F., «Garantías procesales en la orden de detención europea», en Jimeno Bulnes, M. (Coord.), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo*, Valencia, 2011, pp. 208-224; o ARANGÜENA FANEGO, C., «Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal», en Arangüena Fanego, C. (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011, pp. 269 y s.

⁵ El principio de reconocimiento mutuo es un instrumento al servicio de la cooperación judicial y, en particular, de la facilitación de la ejecución de resoluciones judiciales en el espacio europeo recogida en el artículo 31 TUE, definido en la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal» (COM/2000/0495 final) como la posibilidad de aceptar una resolución adoptada por una autoridad en un Estado como tal en otro Estado, aunque en éste ni siquiera exista una autoridad comparable, o no pueda tomar tales resoluciones, o hubiera tomado una resolución enteramente diferente en un caso comparable, con el fin de que surta efectos inmediatos, ya sea en los términos del Derecho penal extranjero o en los que marque el Derecho penal del Estado de reconocimiento.

⁶ ARANGÜENA FANEGO, C. cit. nota 4, p. 297.

⁷ JIMENO BULNES, M., *Un proceso Europeo para el siglo XXI*, Cizur Menor, 2011, pp. 35-36.

creción⁸. En estos términos, la protección de los derechos procesales formaría parte de ese mínimo de intervención necesario que se atribuye al Derecho Comunitario, conformando un sistema que en la práctica va más allá (o debería ir más allá) de la simple cooperación judicial⁹. No solo porque la tutela judicial efectiva ha sido reconocida por la jurisprudencia europea como un principio derivado de los propios Tratados constitutivos¹⁰. También porque estas prerrogativas están garantizadas expresamente en los artículos 47 y 48 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), por lo que las normas que las desarrollan, aunque se quieran presentar formalmente como un desarrollo del artículo 82 TFUE, constituyen en esencia la articulación de verdaderos derechos fundamentales.

No obstante, la Resolución de 2009 opta por no concebir estos derechos de un modo autónomo y sustantivo, lastrada por la necesidad de no vulnerar los principios de atribución y subsidiariedad. Los plantea simplemente como instrumentos al servicio de la «confianza mutua entre los Estados miembros y la confianza de los ciudadanos en la Unión Europea»¹¹. De ahí que, paradójicamente, en un texto en el que se habla inequívoca y explícitamente de derechos subjetivos se omita cualquier referencia a la CDFUE, limitándose sus consideraciones iniciales a identificar al CEDH como la «base común para la protección de los derechos de sospechosos o acusados en los procesos penales» que permitirá a cada Estado miembro tener la necesaria confianza en los sistemas de justicia penal de los demás.

En cualquier caso, la medida B del Plan de Trabajo planteó la necesidad de regular a nivel comunitario la información al sospechoso o acusado sobre sus derechos y cargos. Y lo hizo a partir de dos premisas: primera, todo sujeto que se encuentre en alguna de esas situaciones debe ser informado verbalmente o por escrito de sus derechos fundamentales; segunda, todo acusado debe poder recibir de manera inmediata información sobre la índole y el motivo de la acusación, además de aquella otra necesaria para preparar su defensa, que le debe ser suministrada en tiempo oportuno sin que se perjudique el buen desarrollo del proceso penal. Estas ideas generales son las que se desarrollan en la Directiva 2012/13/UE que, junto con otras disposiciones, aspira a conformar un mar-

⁸ GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión europea*, Madrid, 2016, p. 188.

⁹ JIMENO BULNES, M., cit. nota 7, p. 99.

¹⁰ SARMIENTO, D. «Tendencias recientes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: sistema jurídico-institucional de la UE», en Díez-Hochleitner, J. *et al.* (Coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del TJUE*, Madrid, 2012, p. 98.

¹¹ Como señala MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Confianza Mutua y Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en Salinas de Frías, A. M y Martínez Pérez, E. J. (Dirs.), *La Unión Europea y la Protección de los Derechos Fundamentales*, Valencia, 2018, p. 248, la confianza mutua a pesar de no estar positivizada en los Tratados como tal, constituye un principio fundamental del Ordenamiento europeo de contenido referencial.

co jurídico armonizado para los Estados miembros en relación a los derechos de los sospechosos y acusados en la primera fase de todo procedimiento penal, que será de aplicación con independencia de la dimensión transnacional u puramente interna del procedimiento y la nacionalidad del sujeto¹². Este conjunto normativo, que bien puede identificarse como un primer estadio para alcanzar un verdadero código procesal europeo, busca, en última instancia, evitar que las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales deriven en discriminaciones. Sobre todo en aquellos casos en los que la condición de extranjero llevaba aparejado un distinto régimen jurídico o suponía un obstáculo práctico para la correcta garantía de los derechos procesales básicos.

II. EL FUNDAMENTO Y LAS REGLAS GENERALES DE LA DIRECTIVA 2012/13/UE

En las consideraciones iniciales de la Directiva 2012/13/UE se reitera la idea de reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, solo que en esta ocasión la fundamentación que se esgrime para la norma es doble. Por un lado, el artículo 82.2 TFUE, que permite a la Unión dictar normas de mínimos sobre, entre otras cuestiones, «los derechos de las personas durante el proceso penal» con el objeto de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. Esta afirmación implica que, formalmente, las disposiciones de la Directiva están primariamente al servicio de esas finalidades y solo por ello se consideran necesarias¹³. Ésta sería la justificación funcional de la intervención comunitaria, que parece anteponerse y relegar a un segundo plano a otra de naturaleza material que también se explicita: la garantía de los artículos 47 y 48 CDFUE y 6 CEDH, referidos expresamente en el Considerando 5, o la afirmación de que «el refuerzo de la confianza mutua exige normas detalladas sobre la protección de las garantías y los derechos procesales derivados de la Carta y del CEDH» del Considerando 8. De este modo, las pautas armonizadoras que se articulan, más que concretar el contenido del derecho a la tutela judicial efecti-

¹² PARISI, N., «Immigration, citoyenneté européenne et citoyenneté de résidence dans l'Union Européenne», en *Acconci, P. et al. (Eds.), International Law and the protection of humanity*, Leiden, 2017, p.178.

¹³ AMALFITANO, Ch., «Le prime direttive europee sul ravvicinamento «processuale»: il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali», en *del Coco, R. y Pistoia, E. (Eds.), Stranieri e Giustizia Penale*, Bari, 2014, pp. 3-4.

va o plantearse como garantías de los derechos de defensa procesal, parecen constituir una simple especificación operativa de los mismos¹⁴. Esto hace que la Directiva no pueda considerarse propiamente un instrumento innovador en materia de derechos fundamentales, sino una norma para asegurar los estándares mínimos ya previstos en el CEDH y en la CDFUE en el ámbito de la Unión Europea en lo que se refiere a garantías procesales¹⁵. Todo ello exceptuando a Dinamarca, expresamente excluida de la aplicación de la norma.

Por tanto, y sin perjuicio de alguna precisión hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE), queda en manos de las legislaciones nacionales ampliar el contenido de los derechos mencionados o declarar su aplicabilidad a situaciones no explícitamente contempladas en la Directiva, en relación a las que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre cada derecho se empleará como criterio de referencia para fijar el mínimo ineludible. De ahí la cláusula de no regresión del artículo 10, que establece que ninguna disposición de la misma podrá interpretarse «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 como una excepción a dichos derechos y garantías procesales. Esto, a fin de cuentas, constituye una reiteración de la cláusula del mejor estándar de protección del artículo 53 CDFUE, al tiempo que abre la puerta a que, con el tiempo y a partir de las normas más avanzadas de algunos Estados miembros, se pueda elevar el mínimo común garantizado.

Entrando en el contenido, conforme a sus artículos 1 y 2 las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE resultan de aplicación a cualquier sujeto que se encuentre en la posición de sospechoso o acusado de haber cometido una infracción penal, sin que se establezcan definiciones autónomas de ninguno de estos dos conceptos que puedan solaparse o sustituir a las que corresponda en las legislaciones nacionales¹⁶.

En cuanto al alcance de sus disposiciones, en principio se limitan a los procedimientos penales, sin condicionar la posibilidad de su hipotética aplicabilidad a procedimientos de otra índole, cosa que quedaría a la libre voluntad de los Estados. Ahora bien, el TJUE ha interpretado de una manera amplia el concepto de procedimiento penal y, por tanto, el ámbito de aplicación de las garantías reguladas en la Directiva, entendiendo por tales no solo los que pue-

¹⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵ FAGGIANI, V., «El derecho a la información en los procesos penales en la UE: la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012», *Revista General de Derecho Procesal*, 30, 2013, p. 8

¹⁶ STFP, Asunto F-54/11, *BG*, 17 de julio de 2012, §67.

dan acabar en una condena «penal» estrictamente hablando, sino también aquellos que deriven en cualquier medida de privación de libertad, particularmente el internamiento psiquiátrico cuando esté justificado «no solo por motivos terapéuticos, sino también por motivos de seguridad, en relación con personas que hayan cometido actos constitutivos de infracción penal»¹⁷.

Lo que no hace la norma es distinción alguna entre nacionales del país donde se desarrolla el proceso, ciudadanos del resto de los estados miembros de la Unión Europea o extranjeros extracomunitarios, de modo que debemos entender que se trata de garantías subjetivas que no admiten modulaciones en su desarrollo y aplicación por parte de los Estados que puedan estar motivadas por la nacionalidad de la persona afectada. Tampoco, podríamos considerar, por la legalidad o ilegalidad de su situación en el territorio del país en el que se encuentre¹⁸.

El artículo 2.1 de la Directiva establece que sus medidas regirán, como regla general, durante todo momento comprendido entre la comunicación a una persona de la condición de sospechoso o acusado de una determinada infracción y la finalización del proceso mediante decisión definitiva que determine si ésta ha cometido o no la infracción penal, incluyendo, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso. En el caso de que la legislación nacional prevea la posibilidad de que una autoridad no judicial imponga sanciones «menores», y solo si son recurribles ante un tribunal penal, las medidas de la Directiva se aplicarán únicamente en el proceso ante el órgano jurisdiccional que resulte del recurso (art. 2.2), no necesariamente a la parte puramente administrativa del trámite sancionador.

Pero más allá de su contenido, que se expondrá a continuación, hay que tener en cuenta que la Directiva 2012/13/UE se concibe como un instrumento al servicio del desarrollo de un proceso con todas las garantías. Y éste a su vez se ve condicionado por el ejercicio efectivo y pleno de las propias facultades de defensa por parte del investigado o acusado y su capacidad real de diseñar debidamente la estrategia procesal, extremos que solo son posibles si el sujeto alcanza a comprender la información relativa a sus derechos y a la acusación¹⁹. Así lo ha asumido el TEDH²⁰, que incluso ha entendido que dentro del artículo 6.3.e) CEDH está incluido un derecho a ser asistido de manera gratuita

¹⁷ STJUE, Asunto C-467/18, *Rayonna Prokuratura Lom*, 19 de septiembre de 2019, §38-45.

¹⁸ GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., cit. nota 8, p. 191.

¹⁹ AMALFITANO, Ch., cit. nota 13, p. 20.

²⁰ Vid. PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El derecho a ser informado de la acusación», en García Roca, J. y Santolaya P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2014, p. 384.

por un intérprete²¹, que además debe asegurar un nivel adecuado que permita el ejercicio de la defensa²². Por ello, existe una conexión necesaria entre este instrumento y la Directiva 2010/64/UE (a la que expresamente se remite en su Considerando 25). Pero también con la Directiva 2016/800/UE, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales²³, cuyo artículo 4 contiene ciertas especialidades en cuanto a la información cuando se trata de menores bajo la forma de «garantías complementarias en lo relativo a la información que debe facilitarse al menor y al titular de la patria potestad a fin de tener en cuenta las necesidades y vulnerabilidades específicas de los menores» (Considerando 18).

III. LAS PREVISIONES GENÉRICAS SOBRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO

El derecho a la información sobre los derechos procesales se plantea en la Directiva distinguiendo de inicio dos reglas. Una general (art. 3) aplicable a todo sospechoso o acusado y otra que podríamos calificar como especial y reforzada²⁴, destinada a los detenidos o, en términos genéricos, a todo aquel privado de libertad en un proceso penal (art. 4)²⁵. En el primer caso se debe comunicar al sujeto que está amparado, como mínimo, por los siguientes derechos: a acceder a un abogado, a recibir asistencia letrada gratuita, incluyendo las condiciones para obtenerla, a ser informado de la acusación (que tiene un contenido propio y diferenciado desarrollado en el artículo 6 de la Directiva), a obtener interpretación y traducción y a permanecer en silencio.

La aplicación de estos derechos se regirá por las legislaciones nacionales, sin perjuicio de que se deban considerar los estándares comunes establecidos por la jurisprudencia del TEDH, que ha entendido que la información sobre la acusación es un presupuesto necesario y fundamental del derecho de defensa²⁶, algo reiterado por el TJUE. En cuanto a la forma de la comunicación, la

²¹ STEDH, *Luedicke, Belkacem and Koç c. Alemania*, 28 de noviembre de 1978, § 38.

²² STEDH, *Kamasinski c. Austria*, 19 de diciembre de 1989, § 74.

²³ *DOUE*, Serie L, núm. 132, de 21 de mayo de 2016.

²⁴ CIAMPI, S., «La Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, p. 6.

²⁵ Conforme al Considerando 21 de la Directiva, la referencia a personas sospechosas o acusadas detenidas o privadas de libertad «debe entenderse como cualquier situación en la que, durante un proceso penal, una persona sospechosa o acusada se ve privada de su libertad en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra c), del CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

²⁶ GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., cit. nota 8, p. 190.

Directiva permite que se realice tanto de modo oral como por escrito, siempre que se emplee «un lenguaje sencillo y accesible», condición en la que se imbricaría lo antes dicho en relación a la traducción y adaptación, y se tengan en cuenta «las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables», fórmula mucho más genérica que la empleada en la Propuesta de Directiva y que en cierto modo remite a lo que puedan disponer instrumentos más específicos como la citada Directiva 2016/800/UE²⁷.

Extrañamente, el precepto no dice nada en relación al momento en el que debe facilitarse dicha información. La única referencia positiva al respecto es el Considerando 19 de la norma, donde se señala que la información deberá proporcionarse «con prontitud durante el proceso y, a más tardar, antes del primer interrogatorio oficial de la persona sospechosa o acusada por parte de la policía o de otra autoridad competente». Esta situación dejaba una cuestión abierta que bien podía resolverse a partir de la obligación de trasponer las directivas de modo completo, nunca parcial, de manera que se agote la materia regulada²⁸. Si, desde una perspectiva material, la prontitud en la obtención de la información por parte del investigado o acusado es condición necesaria para la eficacia real de los derechos reconocidos, la «indicación» del Considerando 19 debe entenderse como una premisa esencial para la efectividad real de la regulación propuesta que no puede ser ignorada por las legislaciones nacionales. Y así lo ha apreciado recientemente el TJUE al señalar que la Directiva 2012/13/UE obliga a que «las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal deben ser informadas de sus derechos lo antes posible, a partir del momento en que las sospechas de que son objeto justifiquen, en una situación que no implique urgencia, que las autoridades competentes limiten su libertad mediante medidas coercitivas y, a más tardar, antes de que la policía las interroge por primera vez»²⁹.

El artículo 4 de la Directiva recoge la obligación de comunicar al privado de libertad, además de los citados derechos, otras cuestiones vinculadas específicamente a su situación, nuevamente en los términos de la legislación nacional: la posibilidad de acceder a los materiales del expediente (que se desarrolla independientemente en el artículo 7), el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona, el derecho de acceso a atención médica urgente y el máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser puesta a disposición judicial. A ello se

²⁷ ARANGÜENA FANEGO, C. cit. nota 4, p. 298.

²⁸ Vid. LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ MADROÑERO, A. E., *La directiva comunitaria como fuente del derecho*, Madrid, 2010, p. 187.

²⁹ STJUE, *Rayonna Prokuratura Lom*, cit., §52-53.

añade la «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». Más allá de esto, lo que destaca especialmente de la formulación del precepto es el mayor formalismo y exhaustividad que se exige a la comunicación misma³⁰, consecuencia de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el privado de libertad³¹.

La información deberá facilitarse obligatoriamente por escrito bajo la forma de «declaración de derechos», un instrumento estandarizado que pretende servir como modelo de los derechos procesales de los sospechosos y sentar las bases de una futura regulación uniforme de la cuestión³². Esta declaración tiene que ser redactada en términos sencillos y accesibles, preferentemente siguiendo el modelo indicativo que se adjunta como Anexo I a la propia Directiva, salvo en el caso de detenidos en ejecución de una orden de detención europea, supuesto en el que el artículo 5 remite a un modelo específico de declaración de derechos, contenido en el anexo II, con información adaptada a la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta. En ambas situaciones se contempla expresamente que la comunicación se realizará en una lengua inteligible para su destinatario. La información oral solo se admite como solución temporal, nunca sustitutiva, en caso de no disponer de una declaración escrita en un idioma comprensible para el privado de libertad, que en todo caso deberá entregársele «sin demora indebida»³³. Del mismo modo, aquí sí se exige que la carta de derechos se facilite al sujeto «con prontitud», debiendo permitirle conservarla durante todo el tiempo que dure la privación de libertad.

Más allá de esto, y teniendo en cuenta que las autoridades nacionales pueden modificar los modelos tipo para añadir información pero nunca para reducir su contenido, la Directiva deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados. Son estos los responsables de fijar el momento o lugar de la entrega de la declaración (aunque la lógica lleva a pensar que la llegada a dependencias policiales tras la detención sería, en principio, el momento más oportuno), la autoridad encargada de ello, que no necesariamente debe ser un juez, o las posibles consecuencias de incumplir esta obligación³⁴. Ahora bien, se impone la máxima

³⁰ AMALFITANO, Ch., cit. nota 13, p. 21.

³¹ CIAMPI, S., cit. nota 24, p. 6.

³² FAGGIANI, V., cit. nota 15, p. 11.

³³ Positivizando lo que el TEDH planteó en la Sentencia *Boyle c. Reino Unido*, 8 de abril de 2008, § 38, donde se plantea que «siempre es deseable» que se facilite al detenido copia escrita de la información sobre su detención que se le transmita oralmente.

³⁴ FAGGIANI, V., cit. nota 15, p. 13.

inexcusable de que el derecho de defensa debe ser real y efectivo³⁵, por lo que la adecuación de las medidas nacionales en relación a los objetivos de la Directiva deberá valorarse bajo el prisma de la prohibición de indefensión.

IV. EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN PROCESAL RELATIVA A LA ACUSACIÓN

Conforme ha señalado el TJUE, el artículo 6 de la Directiva 2012/13/UE consagra un derecho distinto al previsto en su artículo 3³⁶, de manera que a pesar de estar ligada a las anteriores, estamos ante una garantía con sustantividad propia y un objeto de protección diferenciado³⁷. No en vano se trata del derecho expresamente reconocido en la letra a) del artículo 6.3 CEDH³⁸, que el TEDH ha caracterizado como un aspecto concreto del derecho a un proceso con todas las garantías³⁹. La propia norma reconoce este vínculo al establecer que la puesta en práctica de las previsiones de su artículo 6 debe adaptarse en función de las alteraciones de la acusación que se produzcan en el curso del procedimiento con el fin de salvaguardar la equidad de este (Considerando 29 y artículo 6.4).

Esto no hace sino reforzar, en lo que respecta a este precepto concreto, la remisión interpretativa general a la jurisprudencia del TEDH que realiza la Directiva, por lo que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que ha ido definiendo el significado de los distintos elementos esenciales del derecho a ser informado de la acusación resultará especialmente útil para concretar el sentido de unos términos no siempre del todo detallados. Y, particularmente, como criterio interpretativo de las distintas normas nacionales, lo que en nuestro caso podríamos considerar una reiteración, por la vía del Derecho Comunitario, de lo que ya impone el artículo 10.2 CE.

Subjetivamente, este derecho ampara a todo sospechoso o acusado de una determinada infracción penal. Esta situación se define en términos materiales y no formales⁴⁰, de modo que no se puede entender que su alcance se restringe

³⁵ STEDH, *Artico c. Italia*, 31 de mayo de 1980, § 33.

³⁶ SSTJUE, Asunto C-216/14, *Covaci*, 15 de octubre de 2015, §54-56; y Asunto C-646/17, *Gianluca Moro*, 13 de junio de 2019, §43.

³⁷ CIAMPI, S., cit. nota 24, p. 7.

³⁸ Donde se recoge, entre los derechos mínimos de todo acusado, el relativo «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».

³⁹ PERELLÓ DOMÉNECH, I., cit. nota 20, pp. 377-378.

⁴⁰ STEDH, *Casse c. Luxemburgo*, 27 de julio de 2006, §71.

solo a quienes hayan recibido una notificación oficial al respecto⁴¹. A tal efecto, se considera conforme a la Directiva que las legislaciones de los Estados miembros establezcan para los residentes en el extranjero el deber de designar a un representante en territorio nacional como destinatario de una orden penal en su contra, pero el plazo de respuesta deberá computarse en relación al momento en el que el imputado reciba efectivamente dicha orden, pues solo así se garantiza su derecho a la defensa y se evitan discriminaciones entre los encausados residentes en el espacio de aplicación de la legislación nacional de que se trate y aquellos cuya residencia queda fuera del mismo⁴².

A partir de aquí, la comunicación debe materializarse en relación al momento procesal en el que se encuentre el sujeto, distinguiéndose tres situaciones que requieren como respuesta una información diferenciada. En cualquier caso, y con independencia de los términos concretos en los que se expresa la regulación, se debe entender que en todas ellas se impone el deber de transmitir información veraz y completa, pues solo así el sujeto verá garantizado su derecho a una defensa efectiva en el proceso⁴³, que, no conviene olvidarlo, es la finalidad a la que responden estas previsiones. Por ello, toda referencia al momento para hacerlo debe ser interpretada bajo el prisma del criterio de la utilidad y la oportunidad⁴⁴, de modo que se asegure que la información es recibida por la persona cuando aún pueda razonablemente organizar su respuesta jurídica⁴⁵.

En primer lugar (apartado 1 del artículo) el sospechoso o acusado debe ser informado sobre la infracción penal que origina su situación 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. Esto implica que el derecho debe respetarse no solo durante el juicio, sino también en la fase preliminar del proceso, desde el momento en el que se formula una acusación⁴⁶. A este respecto, la simple notificación de una orden penal debe considerarse una forma de comunicación de la acusación formulada contra la persona afectada, de modo que está sometida a los requisitos establecidos en la Directiva⁴⁷.

Después, en caso de detención o privación de libertad (apartado 2), la persona debe ser informada de los motivos de tal actuación, incluyendo la in-

⁴¹ STEDH, *Padín Gestoso c. España*, Decisión de 8 de diciembre de 1998, §1

⁴² STJUE, *Covaci*, cit., §63 y s.

⁴³ STEDH, *Sadak y otros c. Turquía (n.º 1)*, 25 de julio de 2001, §45 y s.

⁴⁴ PERELLÓ DOMÉNECH, I., cit. nota 20, p. 383.

⁴⁵ STEDH, *Mattochia c. Italia*, 25 de julio de 2000, § 61.

⁴⁶ STJUE, Asunto C-612/15, *Kolev y otros*, 5 de junio de 2018, §71, reiterada en el Auto del TJUE, Asunto C-8/19, *PPU, RH*, 12 de febrero de 2019, §32.

⁴⁷ STJUE, *Covaci*, cit., §61.

fracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa, sin que en este caso se realice apreciación alguna respecto del tiempo o forma para realizarlo. Finalmente, el apartado 3 se dirige a situaciones en las que ya existe una previsión de enjuiciamiento⁴⁸, regulando unas garantías particularmente importantes dado su carácter instrumental para el equilibrio en todo proceso penal, tal como se desprende de su consagración en el artículo 6.3.a) CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁴⁹. Porque la condición de justo y equitativo solo puede predicarse de un proceso en el que se facilite al acusado información completa y detallada sobre ciertas cuestiones, sin que importe tanto la forma como el hecho de que tal información se reciba de manera efectiva⁵⁰. En consecuencia, y como regla general aplicable a las previsiones de la Directiva, no solo se deberán considerar la edad y las condiciones psicofísicas del acusado a la hora de determinar la forma, el carácter y el volumen de la información proporcionada⁵¹. También será preciso adaptar y actualizar sus términos en función de los posibles cambios que experimente la acusación durante el transcurso del proceso⁵².

Atendiendo a la letra del artículo 6.3 de la Directiva, el acusado debe ser informado necesariamente sobre la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como sobre la naturaleza de la participación que se considera que ha tenido en la misma, de modo que pueda conocer y comprender su situación. Considerando su finalidad al servicio de los principios de contradicción e igualdad de armas, el TJUE ha considerado, en línea con la jurisprudencia del TEDH, que esta información debe ser facilitada a la persona como muy tarde en el momento en el que se produzca la apertura de los debates ante el órgano juzgador, otorgando al acusado y su abogado un plazo suficiente para tomar conocimiento de ella y preparar eficazmente la defensa, presentar observaciones o solicitar la práctica de prueba, incluso si eso implica suspender las actuaciones⁵³. Cabría incluso la posibilidad de facilitar la información «con posterioridad a la apertura de esos debates pero antes de la fase de deliberación en el caso de que la información así comunicada sea objeto de modificaciones ulteriores, a condición de que el juez adopte todas las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos de defensa y la equidad del proceso»⁵⁴. Por tanto, se hace pivotar la adecuación temporal de la información no tanto

⁴⁸ GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., cit. nota 8, p. 195.

⁴⁹ PERELLÓ DOMÉNECH, I., cit. nota 20, p. 386

⁵⁰ STEDH, *Péllissier y Sassi c. Francia*, 25 de marzo de 1999, §52 y 53.

⁵¹ FAGGIANI, V., cit. nota 15, p. 14.

⁵² AMALFITANO, CH., cit. nota 13, p. 22.

⁵³ STJUE, *Kolev y otros*, cit., §95 y s.

⁵⁴ *Ibidem*, §99.

sobre un momento concreto del proceso sino en relación a la posibilidad de que resulte útil para articular la defensa de forma efectiva.

Finalmente, el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva establece para los Estados el deber de asegurar que se informará con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con este precepto cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento. Se trata de una cláusula que afecta especialmente a las eventuales modificaciones de la calificación jurídica de los hechos imputados, cuya comunicación deberá realizarse en un momento en el que la persona acusada disponga aún de la oportunidad de reaccionar eficazmente con el fin de poder preparar adecuadamente su defensa; por tanto, antes de la fase de deliberación⁵⁵. Lo que no exige la Directiva, ni se deriva directamente del derecho a la defensa consagrado en el artículo 48.2 CDFUE, es que la legislación nacional deba permitir al acusado solicitar la aplicación, tras la apertura del juicio oral, de una pena pactada en el caso de modificación de los hechos en que se basa la acusación o en el supuesto de modificación de la calificación jurídica de los hechos que son objeto de la acusación⁵⁶.

Finalmente, hay que apuntar que si bien en sus términos literales las reglas concernientes a la comunicación de la información procesal se formulan únicamente para su aplicación a las fases iniciales del proceso, el TJUE ha ampliado su ámbito de aplicación a la fase de ejecución de la sentencia condenatoria firme cuando los encausados o sospechosos en un proceso penal no reciben la comunicación de los cargos que se les imputan hasta ese momento. El fundamento está en que el artículo 6 de la Directiva establece, en última instancia, que el proceso debe ser equitativo y el ejercicio efectivo del derecho de defensa debe garantizarse en toda su extensión⁵⁷. En tal situación, el Tribunal deduce que esta norma exige que, en cuanto el interesado tenga conocimiento efectivo de la resolución condenatoria firme, debe ser reintegrado a la misma situación procesal en la que se encontraría si la misma se le hubiera notificado en un primer momento. Y, especialmente, que debe disponer del plazo de oposición íntegro, en su caso mediante una reposición a la situación anterior. Una vez más, se observa que lo relevante para la aplicación de estas garantías resulta ser el hecho mismo del conocimiento efectivo de los cargos como presupuesto para articular la defensa, lo que implica que debe considerarse su aplicación a cualquier momento procesal en el que tal cosa se produzca.

⁵⁵ STJUE, *Gianluca Moro*, cit., §70.

⁵⁶ *Ibidem*, §72.

⁵⁷ STJUE, Asuntos acumulados C-124/16, C-188/16 y C-213/16, *Ianos Tranca y otros*, 22 de marzo de 2017, §42 y s.

V. EL ACCESO A LOS MATERIALES DEL EXPEDIENTE

El artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE recoge el muy específico derecho a acceder gratuitamente a los materiales del propio expediente por parte de cualquier detenido, sospechoso o acusado, dividiéndolo a su vez en dos modalidades. Se trata de una garantía que el TJUE ha considerado de particular relevancia en los procedimientos administrativos de carácter sancionador en el ámbito del derecho de la competencia, pues sirve para proteger un principio fundamental del acervo comunitario como es el derecho de defensa en todo proceso⁵⁸, que además está ligado al artículo 47.2 CDFUE⁵⁹. Pero fuera de estos supuestos, el Tribunal de Luxemburgo ha rechazado expresamente que el artículo 41 CDFUE (derecho a una buena administración) pueda servir como fundamento para exigir a las autoridades de los Estados miembros la implementación del derecho de los particulares a acceder al expediente en procedimientos nacionales que no sean de naturaleza sancionadora⁶⁰. En cualquier caso, si tal es la importancia de este derecho en los procedimientos administrativos, con más razón será necesario asegurarlo en los de índole penal, donde están en juego consecuencias mucho más gravosas para el sujeto en caso de no poder preparar adecuadamente su defensa. Por esa razón es un derecho que se deduce directamente del artículo 6.3 CEDH⁶¹. Y como tal, se beneficia de las mismas consideraciones que el TJUE realizó en relación al derecho a la información sobre la acusación y la utilidad de la misma para la defensa.

La primera modalidad de este derecho regulada por la Directiva hace referencia únicamente a los documentos que permitan impugnar de manera efec-

⁵⁸ Conforme a la STJCE, Asunto T-30/91, *Solvay SA*, 29 de junio de 1995, §59, «el acceso al expediente en los asuntos de competencia tiene por objeto permitir que los destinatarios de un pliego de cargos tengan conocimiento de los elementos de prueba que figuran en el expediente de la Comisión, para que puedan pronunciarse de forma eficaz, basándose en dichos elementos, sobre las conclusiones a las que la Comisión llegó en su pliego de cargos. Por lo tanto, el acceso al expediente forma parte de las garantías de procedimiento que tienen por objeto proteger el derecho de defensa», el cual «constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Comunitario, que debe ser observado en todas las circunstancias, incluso si se trata de un procedimiento administrativo». En la misma línea, la Sentencia en el Asunto T-175/95, *Basf Coatings AG*, 19 de mayo de 1999, §45, expone que «el acceso al expediente forma parte de las garantías procesales destinadas a proteger los derechos de la defensa y a garantizar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho de audiencia». Con posterioridad, en la Sentencia recaída en los 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 y otros*, 7 de enero de 2004, §68, el Tribunal califica a este derecho de acceso al expediente como «corolario del principio de respeto del derecho de defensa», cuyo contenido se materializa en «la posibilidad de examinar todos los documentos que figuran en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa».

⁵⁹ STJUE, Asunto C-358/16, *UBS (Luxembourg) SA y otros*, 26 de julio de 2017, §79.

⁶⁰ STJUE, Asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, *YS y otros*, 17 de julio de 2014, §64 a 67.

⁶¹ STEDH, *Leas c. Estonia*, 6 de marzo de 2012, §80 y 81.

tiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad (art. 7.1), que deberán ser facilitados al detenido o a su abogado. Conforme al Considerando 30, esta previsión comprendería cualquier documento o «fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo» siempre que resulten fundamentales para impugnar de forma efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada; es decir, cualquier elemento que resulte funcional con el fin de preparar la estrategia que permita reaccionar ante la privación de libertad impuesta⁶². Con ese fin, dichos materiales deben ser puestos a disposición de la parte o su letrado «a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad» y, desde luego, en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnarla.

En segundo lugar, el artículo 7.2 de la Directiva plantea una garantía que se incardina en el desarrollo de un proceso ya iniciado⁶³: se dice que los Estados miembros asegurarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes, ya sean a favor o en contra de dicha persona⁶⁴, mientras puedan tener algún tipo de incidencia en el proceso⁶⁵. El TJUE ha concretado cómo debe materializarse esta obligación, responsabilizando al juez del caso de garantizar a la defensa la posibilidad efectiva de acceder a los materiales del expediente. Es el juzgador quien deberá adoptar las medidas necesarias que aseguren el respeto de los derechos de defensa y la equidad del proceso, así como para evitar obstrucciones deliberadas que dificulten el devenir del mismo⁶⁶. Adicionalmente, y haciendo una analogía con lo previamente expresado por el TJUE en relación al acceso al expediente en los procesos sancionadores administrativos, también debería facilitarse al sujeto o a su letrado toda prueba útil para la defensa que obre en poder de la autoridad y guarde una relación objetiva con la acusación aunque no haya sido empleada para fundamentarla⁶⁷. A partir de todo esto, queda una cuestión abierta sobre la que faltaría una afirmación concluyente del Tribunal de Luxemburgo: si re-

⁶² CIAMPI, S., cit. nota 24, p. 8.

⁶³ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, 2014, p. 209.

⁶⁴ En línea con lo planteado por el TJUE en la Sentencia del Asunto C-110/10 P, *Solvay SA*, 25 de octubre de 2011, §49.

⁶⁵ FAGGIANI, V., cit. nota 15, p. 15.

⁶⁶ STJUE, *Kolev y otros*, cit., §98 y 100.

⁶⁷ STJUE, *Aalborg Portland A/S y otros*, cit., §126. En sentido contrario, la falta de comunicación de pruebas irrelevantes no podría considerarse una vulneración del derecho a acceder a las pruebas.

sulta conforme a la Directiva hacer depender el acceso a los materiales de una petición expresa de las partes en la fase preliminar antes de la formulación del escrito definitivo de acusación⁶⁸.

En cuanto al plazo para acceder a los materiales probatorios o el modo en que debe llevarse a cabo, la Directiva no concreta nada, debiendo entender que la idoneidad de unas u otras fórmulas dependerá de la clase de información de la que se trate o su volumen⁶⁹. En todo caso, la norma comunitaria no exige que la comunicación de la información relativa a la acusación y el acceso a los materiales del expediente deban realizarse en el mismo momento, dependiendo esto último de las circunstancias del asunto y el tipo de procedimiento⁷⁰. Lo que sí señala el artículo 7.3 es que el acceso al expediente debe concederse con antelación suficiente para asegurar «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», esto es, «a más tardar en el momento en que se abran efectivamente los debates sobre la procedencia de la acusación ante el juez competente para pronunciarse sobre tal procedencia»⁷¹. Esto afectaría también a las nuevas pruebas que lleguen a poder de la autoridad, que deberán facilitarse con la debida antelación para que puedan ser estudiadas.

Finalmente, el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva contempla la posibilidad de limitar el derecho de acceso a los materiales del expediente mediante resolución judicial, obviamente motivada tal y como exige el artículo 6.1 CEDH⁷²; o de otro órgano siempre que pueda ser sometida a control jurisdiccional posterior. Tal medida se puede adoptar con el fin de evitar «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». Pero todo ello no debe perjudicar el derecho a un juicio equitativo, con lo que el precepto plantea un delicado equilibrio entre derechos e intereses dignos de protección que deberá ser resuelto primero por el Legislador nacional y después por

⁶⁸ Como defendió en sus Conclusiones el Abogado General Bot en el Asunto C-612/15, *Kolev y otros*, §104.

⁶⁹ GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., cit. nota 8, p.198.

⁷⁰ STJUE, *Kolev y otros*, cit., §91.

⁷¹ *Ibidem*, §92.

⁷² En la STEDH *Ruiz Torija c. España*, 9 de diciembre de 1994, §29, se expone que esa necesidad de motivación, si bien no supone tener que dar respuesta detallada a cada argumento, sí debe ponerse en relación con la naturaleza de la decisión, que en este caso supone una restricción de un derecho fundamental, por lo que, entendemos, es irrenunciable.

los tribunales caso por caso y en función de la fase en la que se encuentre el proceso, sin más pauta que la necesidad de restringir lo mínimo imprescindible los derechos en juego.

VI. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL ANTES DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2012/13/UE

En nuestro ordenamiento, el derecho a la información relativa al proceso se encuentra recogido específicamente en dos preceptos de la Constitución que conforman la plasmación del principio de audiencia procesal, cuya inobservancia en cualquier fase, incluyendo la instrucción, conlleva una lesión del genérico derecho de defensa del artículo 24 CE al no permitir su plena efectividad⁷³. En primer lugar, el artículo 17.3 reconoce al «detenido» el derecho a ser informado, de manera inmediata y de forma que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de la detención, no pudiendo ser obligado a declarar. La finalidad de esta garantía, en palabras del Tribunal Constitucional, es «asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado»⁷⁴. Se trata, además, de un derecho del que en términos constitucionales solo es titular el detenido, esto es, el sujeto que ha sido «privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial»⁷⁵, no siendo aplicable a ninguna otra situación que no sea la de la detención preventiva de una persona y su traslado a dependencias policiales.

La existencia previa de una acusación explícita realizada de acuerdo al tipo de proceso y la legalidad que regula el mismo es lo que hace aparecer el derecho a ser informado de la misma que se recoge de manera diferenciada en el artículo 24.2 CE⁷⁶, junto con el resto de garantías que conforman el derecho al proceso debido del que goza «toda persona». Se trata de un derecho que el Alto Tribunal definió muy tempranamente como una condición necesaria para

⁷³ CORDÓN MORENO, F., *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Cizur Menor, 1999, pp. 137-138.

⁷⁴ STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5.ºB), entre otras allí citadas.

⁷⁵ STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3.º

⁷⁶ CORDÓN MORENO, F., cit. nota 73, pp. 145-147.

dar cumplimiento a la prohibición de indefensión del artículo 24.1 CE por entender que es «una garantía en favor del equilibrio entre acusador y acusado en el proceso penal»⁷⁷, pues de él deriva «la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados» durante el proceso⁷⁸. Y aunque su principal ámbito de aplicación es el proceso penal, donde los efectos de cosa juzgada pueden incidir seriamente en un derecho tan relevante como la libertad personal⁷⁹, impidiendo en última instancia que alguien sea condenado sin haber sido acusado⁸⁰, su vigencia no decae en procedimientos donde las consecuencias son menos gravosas⁸¹. Además, como garantía que debe ser asegurada tanto en el conjunto del procedimiento como en cada una de sus fases con el fin de permitir la efectiva contradicción y el derecho a la defensa, la información sobre la acusación se ha vinculado especialmente con la necesidad de emplazar personalmente en el juicio a quienes deban comparecer como partes⁸².

De ahí que la citación correcta del imputado se erija en nuestro proceso penal como un auténtico derecho de éste que debe ser asegurado por el órgano judicial en su efectividad real. Sobre todo mediante la citación personal «en aquellos actos de los que dependa la comparecencia del imputado en el proceso y siempre que pueda frustrarse dicho conocimiento a través de otros medios más rápidos de comunicación, a fin de que aquel pueda comparecer en el momento fijado y adoptar la conducta procesal que estime oportuna en defensa de sus derechos e intereses»⁸³.

Sobre estas bases, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya reconocía determinadas garantías relacionadas con la información en el proceso antes de las reformas experimentadas en 2015. Y, en opinión de parte de la doctrina, sus disposiciones estaban en la línea o incluso superaban lo pautado por la Directiva 2012/13/UE⁸⁴, de modo que para la trasposición de la misma tampoco se requería una revisión profunda de la legislación.

Así, la redacción original del artículo 520.2 LECrim recogía el derecho de toda persona detenida o presa a recibir información comprensible y de manera inmediata de los hechos que constituyesen su imputación y las razones de su privación de libertad, además de otros derechos, como el relativo a guardar

⁷⁷ STC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1.º

⁷⁸ STC 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2.º

⁷⁹ STC 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.ºa).

⁸⁰ STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 3.º

⁸¹ STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5.º

⁸² STC 118/1984, de 5 de diciembre, FJ 2.º

⁸³ STC 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.º

⁸⁴ *Vid.* LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., cit. nota 63, p. 211.

silencio, a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, que previamente se encuentran reconocidos a nivel constitucional en términos generales. En relación al imputado, el artículo 118 LECrim se limitaba inicialmente a reconocer un genérico derecho de defensa a través de abogado y procurador ejercitable desde la comunicación de la imputación, desde el momento de la detención o de aplicación de cualquier medida cautelar o desde que se hubiera acordado su procesamiento, acompañado del derecho a conocer la imputación de manera inmediata. El precepto parecía referirse únicamente a la situación de imputación judicial formal, esto es, la realizada por el juez de instrucción. Sin embargo, la necesidad de proteger el derecho de defensa llevó a la doctrina a considerar que también debían extenderse las prerrogativas de este precepto a cualquiera al que una autoridad le atribuyese un hecho punible en el curso de una investigación⁸⁵.

Pero a pesar de las similitudes, la coincidencia entre lo que disponía la LECrim antes de 2015 y la regulación de la Directiva 2012/13/UE no era total, de modo que la ausencia de una trasposición expresa tampoco habría estado justificada. Quizá la diferencia más clara entre ambas normas radicaba en el derecho de acceso al expediente del artículo 7 de la Directiva, que no encontraba un reflejo claro en la legislación española. Únicamente el artículo 302 LECrim contemplaba la genérica posibilidad para las partes en el proceso de «tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento», cabiendo para el juez instructor la posibilidad de declarar las actuaciones total o parcialmente secretas para todas las partes personadas por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario. Sin embargo, la práctica judicial no venía reconociendo aquí derecho alguno del detenido en relación al acceso al atestado policial⁸⁶.

En cualquier caso, la trasposición efectiva de la Directiva 2012/13/UE al ordenamiento español no se produjo hasta finales del mes de octubre de 2015, cuando entró en vigor la LO 5/2015, de 27 de abril⁸⁷, algunas de cuyas innova-

⁸⁵ Para un resumen de las posturas doctrinales y una valoración crítica, Vid. IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Cizur Menor, 2001, pp. 267 y ss.

⁸⁶ DA SILVA, J. C., «La definición europea del derecho de acceso al atestado policial en los casos de privación de libertad: STC 13/2017, de 30 de enero (BOE de 1003/2017)», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 33, 2017, p. 2.

⁸⁷ LO 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.

ciones sobre la LECrim fueron inmediatamente modificadas por la LO 13/2015, de 5 de octubre⁸⁸, en vigor desde el 1 de noviembre de 2015. Todo ello a pesar de que el artículo 11 del texto comunitario marcaba como fecha límite para su trasposición el 2 de junio de 2014. En relación a la aplicación de las disposiciones de la Directiva en España durante este lapso se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 13/2017, de 30 de enero, reconociendo la naturaleza vinculante para el ordenamiento español de una Directiva no traspuesta en plazo o de forma insuficiente o defectuosa «en cuanto contenga disposiciones incondicionales y suficientemente precisas en las que se prevean derechos para los ciudadanos, incluyendo aquellos de naturaleza procesal que permitan integrar por vía interpretativa el contenido esencial de los derechos fundamentales, al haberse incorporado por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al acervo comunitario» (FJ 6.º).

VII. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL TRAS LAS REFORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2015

Las sucesivas modificaciones de la LECrim operadas por las Leyes Orgánicas 5/2015 y 13/2015, más allá de evidenciar una patente y preocupante falta de planificación del Legislador, no solo tenían como finalidad adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias de las Directivas 2012/13/UE, 2010/64/UE y 2013/48/UE. También han sido concebidas, sobre todo la segunda, como una reforma de cierto calado del proceso penal que viniera a suplir la reconfiguración y modernización del mismo que debía haberse producido a través de la nunca tramitada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal propuesta en 2013⁸⁹. En cualquier caso, en lo que respecta a los derechos de información en el proceso penal, las disposiciones comunitarias se trasladaron a la legislación española principalmente a través de la reforma de los artículos 118 y 520 LECrim operada primero por la LO 5/2015 y luego por la LO 13/2015, sin olvidar tampoco los cambios que a través de la primera se realizaron en la redacción de los artículos 302, 505 y 775 LECrim. Dadas las circunstancias de la reforma «en cascada» que se produjo, nos centraremos principalmente en la redacción definitiva de los preceptos.

⁸⁸ LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. *BOE* núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

⁸⁹ *Vid.* MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015*, Cizur Menor, 2015, p. 17.

Una de las primeras cosas llamativas de la nueva redacción de los mencionados artículos es la modificación de la terminología empleada para designar la posición del sujeto pasivo de las distintas actuaciones procesales. Se trata de un cambio que no viene impuesto desde el Derecho Comunitario, de cuyos conceptos de hecho parece alejarse, sino que es consecuencia de adoptar las conclusiones de la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico instituida por el Ministerio de Justicia⁹⁰. Así, ahora el término «investigado» se emplea para designar a toda persona sometida a investigación por su relación con un delito, lo que la Directiva 2012/13/UE denomina «sospechoso». Por otro lado, la denominación de «encausado» viene a sustituir a la de «imputado» o «acusado», cuando la norma comunitaria sigue empleando esta última en su versión en español, si bien este cambio terminológico no se ha aplicado a todos los preceptos de la Ley. Hay partes, como el art. 123, en las que se sigue hablando de «imputados o acusados».

7.1 El derecho a la información del investigado o encausado

El artículo 118 LECrim viene a recoger el contenido del artículo 3 de la Directiva 2012/13/UE, estableciendo ahora la necesidad de comunicar ciertos derechos a «toda persona a quien se atribuya un hecho punible», siendo irrelevante que esté o no privada de libertad y sin perjuicio de que para estos casos el derecho a la información se recoja en términos más específicos en el artículo 520 LECrim. Y si bien es cierto que se trata de una referencia un tanto vaga que debe entenderse que abarca «desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena» (apartado 2 del artículo 118 LECrim, en relación al derecho de defensa), sí permite entender que la comunicación de derechos procede para todo sujeto al que se le comunique la existencia de una imputación formal, con independencia de las medidas cautelares adoptadas o de que se haya acordado su procesamiento. Con ello se supera la aparente restricción que realizaban tanto la redacción original del precepto como la dada por la LO 5/2015⁹¹, que claramente resultaba insuficiente a la luz de la norma europea al dejar fuera del ámbito de esta garantía a los sospechosos.

En lo que respecta al contenido de la comunicación (art. 118.1 LECrim), en primer lugar se debe informar de los hechos que se atribuyan al sujeto.

⁹⁰ JAÉN VALLEJO, M. Y PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma procesal penal de 2015*, Madrid, 2015, p. 26.

⁹¹ En el breve lapso de tiempo transcurrido entre la reforma producida por la LO 5/2015 y su nueva modificación a través de la LO 13/2015, el artículo 118 LECrim se refería a «toda persona a quien se impute un acto punible» como titular del derecho a ser informado de unos derechos que se planteaban esencialmente en relación a la propia imputación.

También de cualquier cambio relevante en estos o en el objeto de la investigación con «el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa» y en especial (apartado 5 del precepto) de la admisión de denuncia o querrela o de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, circunstancias que deben ser puestas de inmediato en conocimiento de los presuntos responsables. Con esto se viene a dar respuesta a los apartados 1 y 4 del artículo 6 de la Directiva. Nótese que se hace referencia estrictamente a los hechos, sin que parezca que de la letra de la norma derive obligación alguna de trasladar al investigado o encausado la calificación jurídica de los mismos que, por otro lado, la Ley no exige que se plantee hasta la realización del escrito de acusación y la consiguiente apertura del juicio oral⁹², algo que quizá no sea del todo compatible con la interpretación que el TJUE ha hecho del artículo 6.3 de la Directiva.

Adicionalmente, se recogen los derechos a examinar las actuaciones (que se detalla más adelante) y a actuar en el proceso con el fin de ejercer el derecho de defensa. Esta mención vendría a referirse a la posibilidad, no absoluta, de formular alegaciones, proponer diligencias de investigación y prueba o intervenir en su práctica⁹³, y bien podría entenderse superflua porque viene a ser lo que se desarrolla a través de todas las demás prerrogativas⁹⁴. Más allá de esto, la información sobre los derechos es básicamente la contemplada en el artículo 3.1 de la Directiva: la posibilidad de designar libremente abogado, con el que garantiza la reserva en la comunicación, el derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, incluyendo el procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla, el acceso a la traducción e interpretación gratuitas, donde se incluyen los medios de apoyo a la comunicación para las personas con discapacidad sensorial, y los derechos a guardar silencio y no prestar declaración, no contestar, no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable. Todo ello debe transmitirse en lenguaje comprensible y accesible, adaptado «a la edad del destinatario, su 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».

⁹² Tal y como plantea el artículo 781 LECrim en relación al artículo 650 de la misma, donde se establece que la calificación legal de los hechos y la determinación del delito que constituyan son elementos del escrito de calificación que debe realizar la acusación antes de la apertura del juicio oral.

⁹³ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., «Reflexiones sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-06, 2015, p. 11.

⁹⁴ MUERZA ESPARZA, J., cit. nota 89, p. 151.

La transmisión de toda esta información se plantea expresamente como un medio para poder ejercitar el derecho de defensa, cuya satisfacción efectiva constituye el parámetro que permitirá valorar la actuación no solo de la autoridad judicial, pues en función del momento podrán ser las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o el Ministerio Fiscal los responsables de llevarla a cabo⁹⁵. Especialmente en lo que respecta al derecho a guardar silencio por cuanto asegura la voluntariedad de la declaración del sujeto, de modo que éste deberá ser informado del mismo por quien corresponda siempre que se requiera su intervención de palabra, ya sea al prestar declaración, durante la instrucción o en la fase de juicio oral, en estos dos últimos casos por parte del juez⁹⁶.

En cualquier caso, la LECRim plantea que la información en su conjunto debe facilitarse «sin demora injustificada». Esta cláusula no se contempla en el artículo 3 de la Directiva, donde la obligación de comunicación se expresa de modo incondicional, y abre la puerta a posibles dilaciones en la comunicación de sus derechos al investigado o encausado siempre que exista una razón de cierta entidad para ello. Y aunque no se especifica qué sería un retraso justificado (quizá no contar con determinados recursos en algunos idiomas menos habituales), la necesidad de que no afecte de manera determinante al derecho de defensa hace que nunca se pueda admitir una demora tal que vaya más allá del momento procesal en el que deba ejercitarse éste, como pueda ser el del interrogatorio por parte del juez o la participación en diligencias sumariales. Tal cosa contravendría el artículo 24.2 CE⁹⁷, sin perjuicio de que pueda proceder la suspensión de las actuaciones.

En el caso del procedimiento abreviado, la determinación del momento en que debe informarse al investigado de los hechos que se le imputan y de sus derechos es más precisa. El artículo 775 LECrim establece que tal actuación debe llevarse a cabo necesariamente en la primera comparecencia, pudiendo el sujeto entrevistarse con su abogado confidencialmente antes y después de prestar declaración. Al igual que en el procedimiento ordinario, el investigado debe ser informado con prontitud de todo cambio relevante en el objeto de la investigación o los hechos imputados, solo que en esta ocasión se prevé que la información se facilite por escrito al abogado «mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa». Es

⁹⁵ GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., cit. nota 8, p. 192.

⁹⁶ LOZANO EIROA, M., «Extensión y límites de los derechos fundamentales inherentes al status de imputado», en Gimeno Sendra, V. y Regueiro García, M. T. (Coords.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Madrid, 2015, p. 750.

⁹⁷ STC 135/1989, de 19 de julio, FJ 3.º

una solución pensada para agilizar las diligencias que resulta formalmente ajustada a lo pautado por el Tribunal Constitucional, pero que en su aplicación puede dar lugar a discrepancias en cuanto a la suficiencia de la información facilitada dado lo indeterminado de la dicción legal⁹⁸.

7.2 El derecho al examen de las actuaciones y el secreto de sumario

El derecho del investigado o encausado a examinar las actuaciones que le afecten se recoge en sus características esenciales en el artículo 118.1.b) LECrim para más adelante, en el artículo 302, quedar limitado en función de las circunstancias del proceso concreto. La finalidad declarada de esta prerrogativa es, nuevamente, la salvaguarda del derecho de defensa, que no podría ejercerse correctamente en caso de no conocer de qué es preciso defenderse o si no se tiene acceso a la totalidad de las actuaciones⁹⁹. En la medida en que este precepto es reflejo del artículo 7.2 de la Directiva 2012/13/UE, hay que entender que dentro de esas «actuaciones» se comprenden, como mínimo, todas las pruebas materiales, pero también toda la documentación judicial o de la investigación en la medida en que su desconocimiento dificulte o altere el correcto ejercicio de la defensa procesal. Dicho examen debe facilitarse con la debida antelación y, en todo caso, antes del momento en el que se tome declaración al sujeto. Entendemos que esta referencia lo es a la primera declaración que se realice en fase de instrucción, pues será la primera ocasión en la que aparecerá la necesidad de plantear una oposición real y eficaz. La redacción dada por la LO 5/2013 al artículo 118.1.b) LECrim, donde solo se hablaba de la «debida antelación» para este trámite, no parecía contradecir el artículo 7.3 de la Directiva aunque quizá la nueva resulte más precisa.

El único límite al conocimiento pleno de los autos es el secreto sumarial en los términos del artículo 302 LECrim¹⁰⁰, una circunstancia que «subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación», es decir, a «aquello que resulte esencial -en el sentido de sustancial, fundamental o elemental- para un adecuado ejercicio de

⁹⁸ JAÉN VALLEJO, M. Y PERRINO PÉREZ, A. L., cit. nota 90, p. 42.

⁹⁹ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., cit. nota 93, p. 10.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

su defensa frente a la privación de libertad» siempre previa solicitud expresa por parte del investigado en tal sentido¹⁰¹. Todo bajo la premisa de que la limitación del acceso de las partes a las actuaciones por este tipo de razones no puede considerarse en sí misma una vulneración del derecho a la defensa, pues éste se ve a su vez condicionado por un valor constitucional como es el interés de la justicia¹⁰², aunque no por ello debe dejar de ponderarse con el eficiente desarrollo de la investigación y, en última instancia, considerando el transcurso del tiempo en ésta.

A partir de aquí, hay que tener en cuenta que en nuestro sistema las actuaciones del sumario son reservadas por definición conforme al artículo 301 LECrim, solución respaldada por el Tribunal Constitucional, que ha señalado que el principio de publicidad procesal no se extiende necesariamente a la fase de instrucción del proceso penal, pues la jurisprudencia del TEDH ha avalado que solo es imprescindible en la fase de juicio oral y en el dictado de la sentencia¹⁰³.

Así, en caso de delitos públicos, aunque la jurisprudencia ha extendido esta posibilidad también a los de naturaleza semipública¹⁰⁴, el juez de instrucción puede declarar de oficio o a instancia de parte el secreto de todo o parte del sumario mediante auto por tiempo no superior a un mes. La Ley exige que la medida sea necesaria para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona o para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso, cumpliendo las exigencias de intervención judicial y motivos tasados del artículo 7.4 de la Directiva para una medida de estas características. En todo caso, las razones que permiten decidir el secreto de sumario deben ser interpretadas de manera restrictiva y el auto debe contener el correspondiente juicio de ponderación que sirva de motivación a la medida¹⁰⁵. Por esto mismo, no se entiende cómo la Ley no plantea límites a las posibles sucesivas prórrogas de la declaración de secreto sumarial, que pese a ser aceptadas jurisprudencialmente merman en la práctica el derecho de defensa, especialmente en lo relativo a las condiciones en las que se realizarán las declaraciones del acusado¹⁰⁶. La única regla prevista es la obligación de alzar el secreto sumarial con al menos diez días de antelación a la conclusión de la instrucción.

¹⁰¹ STC 83/2019, de 17 de junio, FJ 6.ºc).

¹⁰² JAÉN VALLEJO, M. Y PERRINO PÉREZ, A. L., cit. nota 90, p. 32.

¹⁰³ SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2.º y 56/2004, de 19 de abril, FJ 6.º

¹⁰⁴ STS, Sala Segunda, 290/2014, de 21 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1350/2014), FJ 6.º

¹⁰⁵ STS, Sala Segunda, 1179/2001, de 20 de julio de 2001 (ROJ: STS 6461/2001), FJ 3.º

¹⁰⁶ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., cit. nota 93, p. 10.

7.3 El derecho a la información del detenido: acceso a las actuaciones y caracterización de los elementos «esenciales para impugnar la legalidad de la detención»

El apartado 2 del artículo 520 LECrim, donde se enumeran aquellos extremos de los que debe ser informado necesariamente el detenido, no ha sufrido excesivas alteraciones con las reformas de 2015, pero sí se han producido en él algunas innovaciones, a veces bajo la forma de matices y otras con cambios relevantes, que recogen de una manera bastante literal las prescripciones de los artículos 4 y 6.2 de la Directiva 2012/13/UE, y de forma mucho más laxa las del artículo 7. Ya antes de la reforma del precepto tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo habían declarado la necesidad de informar al detenido de manera inmediata de los hechos y las razones que motivan su situación y de los derechos que le asisten; es decir, lo más pronto posible y con la mayor diligencia, pues con esta información el sujeto queda protegido ante una eventual indefensión¹⁰⁷. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha ahondado en la conexión necesaria que existe entre el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad y el derecho a recibir información sobre las razones de la misma. Así, ha señalado que el detenido debe poder ejercer aquel tras «ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por tanto (...) siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado»¹⁰⁸, correspondiendo al juez de instrucción esta tarea en relación al detenido a su cargo¹⁰⁹.

En cuanto al contenido, la actual redacción del artículo 520.2 LECrim establece que se debe informar de los hechos que se atribuyen, las razones de la privación de libertad y los siguientes derechos, algunos en idénticos términos que artículo 118.1: a guardar silencio, incluyendo la posibilidad de declarar solo ante el juez; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; a designar abogado y ser asistido por él sin demora injustificada; a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, también en caso de prisión provisional decretada judicialmente (art. 505.3 LECrim); a comunicar la privación de libertad a un familiar o a la oficina consular en caso de extranjeros; a comu-

¹⁰⁷ STS, Sala Segunda, 61/2011, de 17 de febrero de 2011 (ROJ: STS 695/2011), FJ 1.º, y los fallos del Tribunal Constitucional allí citados.

¹⁰⁸ STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 7.º

¹⁰⁹ SSTC 83/2019, de 17 de junio, FJ 6.ºa), y 95/2019, de 12 de agosto, FJ 6.ºa).

nicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección; a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas; a la asistencia gratuita de un intérprete; a ser reconocido por un médico; y a solicitar asistencia jurídica gratuita, incluyendo el procedimiento para hacerlo y las condiciones para obtenerla. Adicionalmente, el detenido debe ser informado 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, que en nuestro caso es el de *habeas corpus*.

Todo esto debe transmitirse por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en un idioma que comprenda el sujeto y de forma inmediata, sin perjuicio de que, en caso de detenciones en buques o aeronaves, los medios materiales disponibles condicionen la satisfacción inmediata de estos derechos (art. 520 ter LECrim). Deberá realizarse a través de una declaración de derechos (de la cual la Ley no aporta modelo) que podrá ser conservada durante todo el tiempo de la detención, y de forma adaptada al destinatario en función de su edad, madurez o capacidad. No obstante, y a diferencia de lo que sucede con la información sobre la detención, el acceso a los materiales del expediente requiere de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate¹¹⁰.

La posibilidad de acceder a las actuaciones que se ha incorporado al 520.2 LECrim resulta limitada a los elementos esenciales necesarios para una impugnación efectiva de la detención, a diferencia del artículo 118.1 LECrim, que habla de «examinar», en general, las actuaciones. En todo caso, debe entenderse que el artículo 520.2.d) abarca cualquier actuación previa a la instrucción llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹¹¹. Lo relevante es que sea «fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad»¹¹², una referencia que plantea no pocas dificultades interpretativas que complican su implementación¹¹³. Sobre este particular, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial ha entendido que la información debe quedar restringida al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, la identificación del hecho delictivo a través

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., cit. nota 93, p. 16.

¹¹² Apartado IV de la Exposición de Motivos de la LO 5/2015, donde se plantea una diferenciación clara entre el derecho a examinar las actuaciones del nuevo artículo 118.1 LECrim y el mucho más restringido derecho contemplado en el artículo 520.2.d).

¹¹³ OTAMENDI ZOZAYA, F., *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Madrid, 2017, p. 54.

de un breve resumen y una exposición genérica de los indicios¹¹⁴, en una interpretación claramente contraria a lo establecido en el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE, donde se habla de «documentos» y «pruebas materiales».

En este sentido, la STC 13/2017 ha resuelto la necesidad de facilitar al detenido el material, en cualquier soporte, del que ya se disponga en la instrucción y que motive la detención (entendemos que desde el punto de vista fáctico o jurídico) por ser anterior a la misma. Aquí estarían incluidas las denuncias y la documentación relativa a los registros que se realizan en el momento de la detención, sin perjuicio de que haya otras actuaciones en curso (FJ 7.º). En suma, debe poder accederse a las actuaciones en el estado en el que se encuentren en el momento de solicitarlas. Y además, se habla de facilitar los documentos como tales, no un extracto de la información, seleccionado además fuera de la sede judicial, que pueda en la práctica limitar la efectividad de la defensa.

Paradójicamente, el artículo 520 LECrim no reproduce las excepciones del artículo 7.4 de la Directiva en relación al acceso a las actuaciones esenciales que motivan la detención, lo que no impide que los tribunales recurran a ellas para denegarlas en los casos concretos en los que concurran. La única restricción normativa de este derecho, que no se ve afectado por el secreto de sumario (art. 505.3 LECrim, al que se remite el artículo 302), está prevista en el artículo 527 LECrim para los casos de incomunicación del detenido o preso, situación que parece sobrepasar las cautelas de la normativa europea y en relación a la cual el Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de restringir los derechos a la asistencia letrada y defensa del sujeto afectado¹¹⁵.

VIII. VALORACIONES FINALES

Dentro de la estrategia de aproximación de las legislaciones nacionales y apuesta por la cooperación por la que ha optado la UE para desarrollar el espacio interior de libertad, seguridad y justicia, la Directiva 2012/13/UE representa un importante paso. Plasma normativamente determinadas garantías jurídicas subjetivas que, en el ámbito penal, permiten la correcta satisfacción del derecho a un proceso con todas las garantías, un principio que forma parte del acervo comunitario desde un momento muy temprano. Y como tal, es una norma importante, tanto en sí misma como en relación al impacto que pueda tener en términos legislativos e, incluso, constitucionales en los Estados miembros.

¹¹⁴ DA SILVA, J. C., cit. nota 86, p. 4.

¹¹⁵ IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M., cit. nota 85, pp. 264 y s.

Justamente por esto, resulta llamativa su compleja justificación, que se apoya esencialmente en la necesidad de desarrollar la confianza mutua y la cooperación entre los Estados miembros, siempre tomando como punto de referencia el mínimo material compartido por todos y bajo la premisa del respeto absoluto a las reglas procesales formales de cada sistema jurídico. Así se busca asegurar una similitud entre las normas procesales que haga posible el reconocimiento de sentencias en todo el territorio de la UE. Pero no se puede obviar que, sustantivamente, lo que la Directiva regula son derechos fundamentales. La solución adoptada es consecuencia de la incompetencia material de la UE para dictar normas sobre esta cuestión, circunstancia que no parece haberse solucionado con la CDFUE. Ahora bien, las referencias reiteradas a las interpretaciones del TEDH sobre los derechos contenidos en la Directiva hacen de ésta, en la práctica, un instrumento para traspasar con efecto vinculante la doctrina de aquel a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, de manera que la conexión e integración entre sistemas normativos por la vía del Derecho derivado permite esquivar, al menos momentáneamente, ese problema que lastra el efectivo avance en la integración europea.

En lo que respecta a la trasposición en nuestro ordenamiento, las mayores dificultades derivan de las características estructurales de la actual legislación procesal penal, construida desde la descoordinación mediante sucesivos parches sobre una base normativa arcaica y desfasada, así como de los vicios que arrastra la práctica forense. El amplio desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en atención a la anterior figura del detenido o imputado hace que muchas de las garantías en las que se profundiza con la trasposición de la Directiva no nos sean ajenas, lo cual no quita para que deba considerarse como un avance la mejora en su positivización. Y aunque habría sido de agradecer una mayor sistematización de la regulación del derecho a la información en los distintos momentos de la investigación o el proceso penal, el principal problema estará en la implementación práctica de aquellas garantías, especialmente el acceso al expediente, donde no solo la intervención del Legislador estatal resulta parca, sino que existe una tensión constante entre el derecho a la defensa y los intereses de la investigación que deriva y seguirá derivando en continuos conflictos.

V

EL DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: UNA GARANTÍA MULTINIVEL EN LA UNIÓN EUROPEA

NURIA SAURA

SUMARIO: *I. Ciudadanía europea y garantía multinivel de los derechos fundamentales en el proceso penal.*—*II. La influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la adopción de las Directivas sobre derechos procesales en el ámbito penal en la Unión Europea.*—*III. El derecho de la UE como garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal: el derecho a interpretación y a traducción.* 3.1 El marco jurídico de adopción de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal. 3.2 El derecho a traducción e interpretación en la UE: diversidad lingüística e igualdad de derechos fundamentales.—*IV. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su influencia en la Directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal.* 4.1 Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 CEDH respecto a la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal. 4.2 Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 CEDH respecto a la Directiva 2010/64/UE y la Orden de detención europea.—*V. La Directiva 2010/64/UE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*—*VI. Conclusiones.*—*VII. Bibliografía.*

I. CIUDADANÍA EUROPEA Y GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

El derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales está vinculado a nivel axiológico con el proceso de construcción de una ciudadanía europea. La adopción de 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 penales responde a la necesidad de garantizar los derechos previstos en la Carta de Derechos Fundamentales (CDF), en particular: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47)¹ y el derecho a la presunción de inocencia (Art. 48)². Además, es necesario constatar dos sinergias que forman parte del proceso de construcción de la Unión Europea (UE): La construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia está vinculada con la libre circulación entre los estados miembros, pero, a su vez, en la Unión Europea también viven y habitan personas de terceros estados. Esta realidad plural, fruto del proceso de globalización, ha generado nuevos retos de ciudadanía. Estos retos pueden vincularse con otra característica dentro del proceso de integración europea, que también actúa como fundamento axiológico: la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales son una *conditio sine qua non* para pertenecer a la UE. Por todo ello, se predica de cualquier estado de la Unión Europea la garantía de los derechos fundamentales, inclusive los derechos de los sospechosos y acusados durante el proceso penal.

Los derechos fundamentales en los estados miembros y en la UE están regulados en base a un sistema jurídico multinivel, en el cual existe a nivel estatal una consagración constitucional de los derechos fundamentales, con un desarrollo interno a nivel legislativo, particularmente fuerte, en el ámbito penal, siendo uno de los ámbitos todavía más vinculados con la soberanía del

¹ Artículo 47. Carta Derechos Fundamentales: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. 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.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. DO C 202 de 7 de junio de 2016, pp. 389-405.

² Artículo 48. Carta de Derechos Fundamentales: Presunción de inocencia y derechos de la defensa 1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa. DO C 202 de 7 de junio de 2016, pp. 389-405.

estado. Pero este marco constitucional de los Estados miembros presenta conexiones con el ámbito supranacional del derecho de la UE, tanto con los Tratados, como con el derecho secundario. Por lo tanto, será necesario tener en cuenta su desarrollo mediante Directivas regidas en base a los principios de competencia, subsidiariedad y primacía. Todo ello ha configurado un proyecto europeo, en el cual la UE no responde a los esquemas de una organización internacional clásica³. Dentro de este proceso de integración europea, se ahonda en las sinergias de constitucionalización del derecho internacional, como plantea la teoría del Global Constitutionalism, desarrollada por Kumm⁴ y Peters⁵, así como De Wet⁶ y entra también dentro del proceso de internacionalización del derecho constitucional planteado por Chang y Yeh⁷, aunque con las particularidades que se derivan de un proceso *sui generis* como es la integración europea. Dentro de estas sinergias, existe también un sistema de derecho internacional regional de protección de los derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁸, que se inserta dentro del marco jurídico multinivel de la UE, aunque sea distinto del derecho de la UE, con una fuerte incidencia a la hora de configurar el alcance de determinados derechos fundamentales, tales como el derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal. Por último, existirá como cláusula de cierre, la necesidad de garantizar la protección internacional, establecida a su vez en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por los estados miembros, que también deberán respetarse.

Dentro del proceso de construcción de la UE, en el cual hay una integración mayor que en las organizaciones internacionales clásicas, incluso el *ius puniendi* y la potestad de juzgar atribuidos tradicionalmente al Estado como una emanación de su soberanía, están vinculados en la actualidad al cumplimiento de los derechos fundamentales, también a nivel supranacional y no

³ ARMIN VON BOGDANDY «Neither an International Organization Nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation». En: Erik Jones, Anand Menon, ay Stephen Weatherill, *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁴ MATTIAS KUMM, Center for Global Constitutionalism at the WZB Berlin Social Science Research Center, <https://www.wzb.eu/en/research/trans-sectoral-research/center-for-global-constitutionalism>

⁵ ANNE PETERS, «Global Constitutionalism.» En: *The Encyclopedia of Political Thought*, Michael T. Gibbons (ed.). Wiley-Blackwell, London 2015, pp. 1484-1487.

⁶ ERIKA DE WET, «The Constitutionalization of Public International Law». En: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁷ WEN-CHEN CHANG AND JUUN-RONG YEH, «Internationalization of Constitutional Law». En: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

solo estatal. Esto comporta una perspectiva multinivel de análisis de los derechos fundamentales en el ámbito penal.

Dentro del marco jurídico de la Unión Europea, los derechos a un proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDF) han de ser garantizados en toda la UE, mediante el respeto de los derechos de la defensa y la presunción de inocencia (art.48 CDF), para cualquier persona en el marco de un proceso judicial, ya sea ciudadano europeo o no. Sin embargo, no podría concebirse una ciudadanía europea en la cual, una persona de otro estado miembro pudiera verse perjudicada en el transcurso de un proceso penal porque no comprende la lengua del lugar donde se produce el juicio, ya que existe un espacio UE basado en la libre circulación de personas y la eliminación de fronteras entre estados.

La adopción de la Directiva 2010/64/CE responde, por lo tanto, a una exigencia derivada de la construcción de una ciudadanía europea en la que la garantía de los derechos fundamentales no depende ya únicamente del estado y nacionalidad de la persona, sino que, por el contrario, se inserta en una ciudadanía supranacional que debe garantizar los derechos fundamentales en todo el territorio de la UE y, por ende, a todo aquel que se halle bajo jurisdicción europea. En consecuencia, el derecho a la traducción e interpretación en un proceso penal atañe a toda persona que se halle inmersa en un proceso penal en el espacio europeo de libertad, justicia y seguridad.

El derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales se configura como un derecho garantía de la tutela judicial efectiva y del derecho a un juicio justo, y se ha de garantizar a toda persona, como requisito no ya solo de ciudadanía, sino de democracia: no se podría entender que alguien fuera condenado sin saber de qué se le acusa y sin saber cuándo puede presentar un recurso.

II. LA INFLUENCIA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LA ADOPCIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE DERECHOS PROCESALES EN EL ÁMBITO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

En la construcción de este marco jurídico multinivel hay un aspecto clave y es el proceso de adopción de las Directivas que garantizan los derechos procesales en el ámbito penal en la Unión Europea: La Directiva

2010/64/UE⁹ relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, la Directiva 2012/13/UE¹⁰ relativa al derecho a la información en los procesos penales y la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea¹¹. Ha sido crucial para su adopción la necesidad de cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre los artículos 5 y 6 CEDH. El artículo 5 CEDH establece el derecho a la libertad y a la seguridad, y el artículo 6 CEDH garantiza el derecho a un proceso equitativo.

En el ámbito del derecho a la traducción e interpretación, el artículo 5.2 CEDH, concretamente, establece una exigencia respecto a la detención, puesto que: «Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella»¹². Este es el ámbito propio de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales. En cuanto al derecho a la traducción e interpretación, el artículo 6.3. CEDH está relacionado con el ámbito de la Directiva 2010/64 UE relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales. El artículo 6.3 CEDH establece en el ámbito del derecho a un proceso equitativo que cualquier acusado tiene derecho:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia¹³.

⁹ 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 280, 26 de octubre de 2010.

¹⁰ 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 142, 1 de junio de 2012.

¹¹ 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 294, 6 de noviembre de 2013.

¹² Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *cit.*, artículo 5.2.

¹³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *cit.*, artículo 6.3.

La adopción de la Directiva 2010/64 se inscribe en la necesidad de adecuar la normativa europea a las exigencias de cumplimiento CEDH por parte de los Estados miembros, que también incide en la creación de un espacio de «confianza» entre sistemas penales de los estados miembros. Así lo explicitan claramente los considerandos 5¹⁴, 6¹⁵ y 7: «El refuerzo de la confianza mutua exige una aplicación más coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH. También requiere, a través de la presente Directiva y de otras medidas, un mayor desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas por el CEDH y la Carta» así como, por último, en el Considerando 14 de dicha Directiva, en el cual se recuerda que: «La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica. Para ello, la presente Directiva tiene por objetivo garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo»¹⁶. La Directiva 2010/64 responderá, como ha señalado Hertog, a dos motivos básicos, en primer lugar, la necesidad de cumplir con el CEDH que surge a raíz de una serie de decisiones contrarias por parte del TEDH a Estados miembros de la UE, y, en segundo lugar, existirá la necesidad de lograr en toda norma europea que se apruebe en materia penal, un mejor equilibrio con los requisitos y estándares del CEDH establecidos por el TEDH¹⁷.

Las denominadas «Directivas Procesales» de la Unión Europea en el ámbito del proceso penal están pensadas para proteger los derechos fundamentales de los acusados y son las siguientes¹⁸:

- Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation
- Directive 2012/13/EU on the right to information

¹⁴ Considerando 5 Directiva 2010/64: «El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo «el CEDH») y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (denominada en lo sucesivo «la Carta») consagran el derecho a un juicio equitativo. El artículo 48, párrafo segundo de la Carta garantiza el respeto del derecho a la defensa. La presente Directiva respeta dichos derechos y debe aplicarse en consecuencia».

¹⁵ Considerando 6 Directiva 2010/64: «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».

¹⁶ 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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, cit., Considerando núm. 6.

¹⁷ ERIK HERTOG, «Directive 2010/64/EU of the European parliament and of the Council on the right to interpretation and translation in criminal proceedings: transposition strategies with regard to interpretation and translation», *MonTI. Monografías de Traducción e Interpretación*, núm. 7, 2015, p. 76.

¹⁸ *EU Law Materials. Using EU law in domestic criminal proceedings and initiating references to the CJEU*, Court of Justice of the European Union, February 2020 <https://www.fairtrials.org/publication/eu-law-materials>

V. EL DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: ... ■

- Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer
- Directive (EU) 2016/343 on the right to presumption of innocence and to be present at trial
- Directive (EU) 2016/1919 on the right to legal aid
- Directive (EU) 2016/800 on the rights of children in criminal proceedings

Estas Directivas, como indica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en teoría fueron creadas en base al Convenio Europeo de Derechos Humanos y los estándares del TEDH:

Designed to build upon the European Convention on Human Rights («ECHR»), these measures come full of promise: the citizen gets new, directly effective rights and the criminal court becomes a frontline enforcer EU law, potentially at the expense of inadequate national laws; the criminal judge can get help from Luxembourg, while the case is still live, lessening recourse to European Court of Human Rights in Strasbourg, with the delayed justice this entails. That is the theory¹⁹.

En la práctica, como el propio TJUE admite, queda mucho por hacer, en cuanto a la implementación de las Directivas²⁰.

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*, también establece en el Considerando 6 un estándar mínimo según lo permitido por el CEDH en el artículo 5 CEDH y la jurisprudencia del TEDH: «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»²¹. Sin embargo, el propio legislador europeo reconoce en ambas Directivas que, aunque todos los estados miembros de la UE son parte del CEDH, esto: «no siempre aporta el suficiente grado de confianza en los sistemas judiciales penales de los demás estados miembros»²².

Por lo tanto, para el refuerzo de la confianza mutua entre sistemas judiciales es necesario adoptar una normativa europea que afiance dicha confianza

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ 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, cit., Considerando núm. 6.

²² *Idem*, Considerando núm. 7.

que ya debería existir *per se* entre los Estados miembros de la UE, a partir del refuerzo de los derechos fundamentales en el proceso penal.

Según la Directiva 2010/64 exigir «una aplicación más coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH», requiere, «a través de la presente Directiva y de otras medidas, un mayor desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas por el CEDH y la Carta»²³. Esto se corrobora en el momento de la adopción de la posterior Directiva 2012/13 relativa al derecho a la información, donde no solo se considera que son necesarias unas «normas mínimas», sino unas «normas detalladas sobre la protección de las garantías y los derechos procesales derivados de la Carta y del CEDH»²⁴. Esta exigencia responde a la propia naturaleza del derecho penal, en el cual, existe el principio según el cual la previsibilidad de la ley es también una garantía de la igualdad ante la ley.

III. EL DERECHO DE LA UE COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL: EL DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN

Éste es el marco jurídico multinivel creado *ab initio* a partir de las exigencias de cumplimiento del CEDH y de los estándares de la jurisprudencia del TEDH, que evolucionará desde la adopción de la CDF y la construcción de un espacio de libre circulación, basado en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Hay un cambio decisivo en el año 2002, tras la adopción de la *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*²⁵, que fue enmendada en el año 2009²⁶. Ello conlleva que el derecho de la UE haya variado una función judicial básica en el derecho penal, atribuida tradicionalmente al Estado como emanación de la soberanía, y donde la UE aumenta con

²³ 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, *cit.*, Considerando núm. 7.

²⁴ 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, *cit.*, Considerando núm. 7.

²⁵ Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros 2002/584/JAI, *Diario Oficial*, núm. L 190, 18 de julio de 2002.

²⁶ 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.

crecen las funciones clásicas atribuidas al derecho internacional que eran, según Carrillo Salcedo, regular la coexistencia y cooperación entre estados²⁷. A pesar de la singularidad del proceso europeo, podemos considerar que el desarrollo de garantías para el sospechoso y acusado en el proceso penal en el ámbito del derecho de la Unión Europea se inscribe dentro de la sinergia apuntada por Gardbaum²⁸ y Peters hacia una humanización del Derecho Internacional con un cambio de paradigma hacia el individuo²⁹, que también aparece en el derecho de la UE. La Unión Europea no podría admitir que el derecho a un juicio justo garantizado tanto por la Carta de Derechos Fundamentales, en los artículos 47 y 48, como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 6 y en menor medida en el artículo 5, pudiera verse vulnerado en un estado de la UE, porque las partes no comprenden la lengua del proceso penal.

3.1 El marco jurídico de adopción de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal

La adopción del Tratado de Lisboa supone un punto de inflexión para la protección de los derechos fundamentales en la UE. Tras la adopción del Tratado de Lisboa, hay que tener en cuenta que en virtud del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la Carta de Derechos Fundamentales tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados³⁰. La adhesión al CEDH establecida por el artículo 6.2 TUE también genera una expectativa de cumplimiento de los estándares del CEDH en el desarrollo legislativo de la UE, que incide en los derechos fundamentales, como los derechos de las personas en el procedi-

²⁷ Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 185, cit. en: Xavier Fernández Pons, «El derecho internacional público ante el ‘trilema’ de la globalización», en: Antoni Badia Martí, Antoni Pigrau Solé, Andreu Olesti Rayo (coords.). *El derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, p. 239.

²⁸ Stephen GARDBAUM «Human Rights and International Constitutionalism». En Jeffrey, L. Dunoff, J. L.; Joel P. Trachtman, J. *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 249.

²⁹ Anne PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

³⁰ Artículo 6. Tratado de la Unión Europea: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados», Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202, 7 de junio de 2016.

miento penal. Por lo tanto, en las nuevas normativas deberán cumplirse los estándares del CEDH, de cara a una futura adhesión al mismo que, si bien es complicada, como muestra la posición del TJUE sobre la anterior propuesta de adhesión al CEDH³¹, no por ello se ha de considerar imposible. Quizás sea necesario recordar la previsión de los pequeños pasos en el proceso de integración europea, y «la méthode Monnet-Schumann»³² para avanzar en este sentido, en aras de una futura adhesión al CEDH.

Como señala Tell, antes del Tratado de Lisboa, a pesar de que existía la Orden de detención europea (ODE) desde 2004³³, era difícil tener una base jurídica suficiente y poder adoptar una posición común sobre los derechos de la defensa, a nivel procesal³⁴. La Comisión incluso intentó una propuesta de Decisión-Marco sobre ciertos derechos procesales de la defensa en 2004³⁵, pero había fracasado en su intento y en 2007 tuvo que retirar esta propuesta ante la falta de acuerdo³⁶. La orden de detención y entrega existe desde el 1 de enero de 2004 y se basa en el «reconocimiento mutuo de decisiones judiciales», siendo una medida operativa en todos los Estados miembros de la UE, que sustituye las complicadas dilaciones de un proceso de extradición³⁷.

Con el Tratado de Lisboa, el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sienta una base jurídica de forma más clara y detallada para el desarrollo de los derechos procesales³⁸, mediante el procedimiento legislativo ordinario, dado que el principio de reconocimiento mutuo de sentencias señalado por el artículo 82.1 TFUE incluye una aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados. Esto comporta que, según el artículo 82.3 TFUE, se puedan desarrollar directivas para establecer normas mínimas sobre: «a) admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c)

³¹ Dictamen 2/13: Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 Diario Oficial C 65 de 23 de febrero de 2015.

³² Vie publique: au cœur du débat public: «Quelles sont les étapes de la construction de l'Union européenne ? », Direction de l'Information Légale et Administrative <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/ue-citoyennete/construction-europeenne/comment-s-est-construite-union-europeenne.html> [consultada el 8 de marzo de 2020].

³³ E-uropean justice: https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do (consultada 8 de marzo de 2020).

³⁴ Olivier TELL, « Les directives relatives à la procédure pénale: quelle protection du droit des personnes? », *Revue de l'Union Européenne*, núm. 579, junio 2014, p. 365.

³⁵ Proposition de decisión-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final.

³⁶ Olivier TELL, « *Les directives relatives à la procédure pénale...* », cit.

³⁷ E-uropean justice: https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do (consultada 8 de marzo de 2020).

³⁸ Olivier TELL, « *Les directives relatives à la procédure pénale...* », cit., p. 366.

los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión»³⁹.

La adopción de la Directiva 2010/64 surge inicialmente a partir del llamado Programa de Estocolmo. Como indica Hertog, después del Tratado de Amsterdam, las prioridades del Consejo Europeo en el área de Justicia y Asuntos de Interior, se estructuran en 3 programas de acción con una duración de 5 años: «Tampere, The Hague, Stockholm»⁴⁰. El Programa de Estocolmo, adoptado por el Consejo Europeo en diciembre de 2009⁴¹, estaba previsto para el período 2010-2014 en torno a la voluntad de construir «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano». Dentro del Programa de Estocolmo, se planteó claramente la necesidad de avanzar hacia una Europa de los Derechos y promover los derechos de los ciudadanos, también en el ámbito penal⁴². Por ello, el Programa de Estocolmo prevé que la UE y los Estados miembros han de asegurar que las iniciativas legislativas que emprenden sean compatibles con el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales y, por lo tanto, han de llevar a cabo una supervisión rigurosa y sistemática de su cumplimiento⁴³.

El Programa de Estocolmo considera que «la protección de los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales es un valor fundamental de la UE» imprescindible para reforzar la confianza mutua entre los Estados y también la confianza del ciudadano en la UE⁴⁴. El Consejo integrará en el Programa de Estocolmo el *Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales*, el 30 de noviembre de 2009⁴⁵.

El Plan de Trabajo de 2009 considera que se ha de llevar a cabo una actuación a escala de toda la UE para reforzar los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales (Art. 1). En el Plan de Trabajo se considera que el CEDH es una base común en la UE para la protección de

³⁹ Artículo 82.2 TFUE, Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202, 7 de junio de 2016.

⁴⁰ Erik HERTOG, «Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council on the right to interpretation and translation in criminal proceedings...», cit. p. 78.

⁴¹ Programa de Estocolmo—Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 115, 4 de mayo de 2010.

⁴² *Idem*, C-115/8-11.

⁴³ *Idem*, C-115/8.

⁴⁴ *Idem*, C-115/10.

⁴⁵ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales *Diario Oficial de la Unión Europea* C 295, 4 de diciembre de 2009.

los derechos de los acusados, importante para generar confianza entre los estados miembros, pero no de forma exclusiva. El Plan de Trabajo señalaba que la UE «dispone de un margen de acción adicional para velar por la aplicación y el respeto plenos de las normas del Convenio, y, en su caso, garantizar la aplicación coherente de las normas aplicables y elevar el nivel existente»⁴⁶.

En el desarrollo legislativo de la UE, hay ámbitos como el derecho a traducción y a interpretación donde se ha ampliado mediante la Directiva 2010/64 su aplicación a la Orden de detención europea, otorgando un mayor nivel de protección que en el CEDH. En el marco de la UE, si se potencian los derechos procesales como el derecho a traducción y a interpretación, será un mecanismo para reforzar la confianza mutua entre los estados⁴⁷. El Plan de Trabajo de 2009 preveía 6 medidas para los derechos de sospechosos y acusados en el proceso penal, a desarrollar «*step-by-step*»⁴⁸:

Medida A: Traducción e interpretación

Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos

Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita

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

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

Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional⁴⁹

Estas medidas se han desarrollado mediante la aprobación de tres Directivas en el ámbito del proceso penal, entre ellas, la primera 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 penales*. Concretamente, la traducción e interpretación en el marco del proceso penal estaba prevista como Medida A en el Programa de Trabajo de 2009. Esta medida contenía una breve explicación sobre el fundamento del derecho a traducción e interpretación como un derecho-garantía de la tutela judicial efectiva

⁴⁶ *Idem*, Considerando núm. 2.

⁴⁷ *Idem*, Considerando núm. 8.

⁴⁸ European Commission, Justice. «Rights of suspects and accused»: http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-rights/index_en.htm (consultada el 19 de noviembre de 2017).

⁴⁹ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales *Diario Oficial de la Unión Europea* C 295/3, 4 de diciembre de 2009.

para evitar la arbitrariedad y articular los derechos de la defensa. La explicación es la siguiente:

«Tanto los sospechosos como los acusados han de poder entender lo que está ocurriendo y también hacerse entender. Un sospechoso o acusado que no hable o entienda el idioma utilizado en el proceso necesitará un intérprete, así como la traducción de los documentos procesales fundamentales. Debe prestarse también una atención particular a las necesidades de los sospechosos o acusados con limitaciones auditivas.»⁵⁰

La adopción de este Programa de Trabajo, como recuerda Hertog⁵¹, entra dentro de los objetivos de la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el ámbito de la UE, basado en la cooperación y confianza mutua entre estados que conlleva el reconocimiento de decisiones judiciales⁵². Ello comporta el respeto a los derechos fundamentales inherente a todo estado de la UE, en el que no puede faltar que dentro de su sistema jurídico se garanticen en un proceso penal los derechos establecidos en los artículos 6 y 5 CEDH y en el artículo 47 y 48 de la CDF para sospechosos o acusados.

La garantía de la igualdad ante la ley es también un requisito para una tutela judicial efectiva, y conlleva el respeto a los derechos de la defensa a todo acusado. La Carta de los Derechos Fundamentales recoge la igualdad ante la ley en el artículo 20⁵³ y en el artículo 21 se establece una prohibición de discriminación⁵⁴. Dentro de los motivos de discriminación están expresamente indicados: la lengua, la pertenencia a una minoría nacional o, la nacionalidad, tanto por nacimiento (art. 21.1 CDF), como por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados (art. 21.2 CDF).

Según el artículo 6.3 del CEDH, la Carta de Derechos Fundamentales, y las tradiciones constitucionales de los estados miembros, esto requiere articular en el proceso penal un mecanismo de traducción e interpretación que dé respuesta a una realidad contemporánea compleja –la pluralidad de lenguas en la UE– que permita articular la diversidad, a partir de la igualdad de derechos: por un lado, hay una coexistencia de distintas lenguas en el seno de la UE tan-

⁵⁰ *Idem*, Medida A.

⁵¹ Erik HERTOG, «Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council on the right to interpretation and translation in criminal proceedings...», cit. p. 75.

⁵² *Idem*.

⁵³ Carta Derechos Fundamentales, cit. artículo 20: «Todas las personas son iguales ante la ley».

⁵⁴ Carta Derechos Fundamentales, cit. artículo 21: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares».

to de nacionales europeos, como de terceros estados, que se desplazan transnacionalmente en un espacio articulado en torno a la libre circulación, sin fronteras interiores. Por otro lado, encontraremos dentro de los estados miembros de la UE, la cooficialidad de distintas lenguas en el interior de un mismo estado. La adopción de la Directiva 2010/64 muestra cómo el proceso de integración europea no significa un proceso de uniformización europea, sino de igualdad de derechos, algo distinto.

3.2 El derecho a traducción e interpretación en la UE: diversidad lingüística e igualdad de derechos fundamentales

Las sociedades contemporáneas no son homogéneas y, como Tenorio Sánchez ha señalado, se componen de individuos con un medio social, convicción religiosa, origen étnico o nacional diferente⁵⁵. A nivel constitucional, Häberle considera que la construcción de una identidad europea ha de basarse en la complementariedad de la pluralidad de identidades constitucionales⁵⁶, lo que no obsta para que pueda hablarse de comunidad constitucional⁵⁷, entendida como comunidad de derechos. También dentro de la construcción jurisprudencial del TEDH, existe la doctrina del margen de apreciación, en virtud de la cual se admite un margen en el cual cada estado puede presentar variables en la construcción de un derecho, ello responde a la exigencia de una toma en consideración de la pluralidad de sistemas jurídicos existentes en el ámbito del CEDH. En la jurisprudencia del TEDH, se puede observar que, cuanto menor es el consenso europeo respecto a un aspecto, mayor es el margen de apreciación dejado a los estados⁵⁸.

La construcción de la democracia en la UE ha de tener en cuenta, por un lado, la diversidad lingüística existente y, por otro, la no discriminación por razón de lengua o nacionalidad, clave para construir una comunidad de derechos. La democracia es un valor axiológico establecido por el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. Pero también es un fundamento del sistema del

⁵⁵ Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ, «Multiculturalismo y Estado Social y Democrático de Derecho» en: Pedro J. Tenorio Sánchez (coord.) *La Libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 65.

⁵⁶ Peter HÄBERLE, «Aspectos de una teoría constitucional para Europa», *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005, p. 17.

⁵⁷ Peter HÄBERLE, «¿Tiene España y Europa una Constitución?». *ReDCE*, año 6, núm. 12, julio-diciembre 2009.

⁵⁸ Council of Europe, «Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus» <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law> (consultada el 8 de marzo de 2020).

Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo ha considerado la democracia dentro de su jurisprudencia como un parámetro a tener en cuenta inserto en el examen de las cláusulas limitativas de los derechos (arts. 8.1, 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH). Sudre⁵⁹ ha señalado que la noción de sociedad democrática es un valor central del orden público europeo y Oetheimer ha puesto de manifiesto que el TEDH sitúa a la democracia en el centro de su actuación de protección de los derechos⁶⁰. También Fabre-Alibert⁶¹ considera que la democracia es la piedra angular del sistema del CEDH. Dentro de la UE, a pesar de las recientes crisis del proyecto europeo que dificultan hablar de una plena gobernanza multinivel⁶², sí que existe un sistema multinivel de derechos fundamentales, como han señalado Freixes Sanjuán, Gómez Sánchez, Rovira Viñas⁶³ y Balaguer Callejón⁶⁴.

Este sistema multinivel de derechos fundamentales es, sin embargo, frágil. Es necesario salvaguardar los poderes públicos, pese a la reticencia u oposición de los poderes privados, y en este sentido, un espacio supranacional, puede ofrecer ciertas garantías de constitucionalidad⁶⁵, para evitar la privatización de lo público. La construcción de garantías procesales en el ámbito penal, como el derecho a interpretación y a traducción, es un mecanismo de contraposición a la construcción del espacio europeo, considerado como un espacio de libertad de circulación desde el punto de vista económico pero que debe ir acompañado de una comunidad de derechos, con nuevas formas dogmáticas, solo así puede haber un desarrollo de la función constitucional del derecho de la UE.

En sentido contrario, existen todavía dentro del derecho internacional, las reticencias propias de los estados a asumir mecanismos internacionales de responsabilidad penal. Por ello, el proceso de garantías procesales en el ámbito penal desarrollado por la UE a partir del Programa de Estocolmo es una mues-

⁵⁹ Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 8è. ed., París, 2006, p. 214.

⁶⁰ Mario OETHEIMER, «La cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine». *Revue trimestrielle droits de l'homme*, núm. 69, enero 2007.

⁶¹ Véronique FABRE-ALIBERT, «La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 35, julio 1998, p. 468.

⁶² FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello», *Nomos*, p. 4 [consultada el 3 de julio de 2016]. Disponible en: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/03/Parlamenti-nazionali-e-Unione-europea-nella-governance-multilivello.pdf>

⁶³ Teresa FREIXES SANJUÁN, Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, Antonio ROVIRA VIÑAS, *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

⁶⁴ FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello», 2015, cit.

⁶⁵ *Idem*.

tra de la necesidad democrática de establecer, como ha señalado Rovira Viñas, un sentido de la responsabilidad más allá de fronteras nacionales, que sirva para combatir de forma eficaz las impunidades que existen a nivel internacional amparadas por el principio de no intervención, y que están protegidas tradicionalmente por las fronteras de los estados⁶⁶.

La vinculación de los poderes públicos al respeto de los derechos humanos también incluye al poder judicial. En el sistema del CEDH, el artículo 6 también genera obligaciones positivas para los estados. Pero como recuerda Gavara, la vinculación a nivel constitucional de los poderes públicos al cumplimiento de los derechos fundamentales, conlleva que haya una vinculación negativa para los particulares, que estarán obligados a abstenerse de realizar actos que puedan perjudicar el contenido y ámbito de los derechos fundamentales⁶⁷. Sin embargo, el Estado es el garante de su cumplimiento y son los poderes públicos y, entre ellos, el poder judicial, quienes están vinculados positiva y negativamente al cumplimiento de la Constitución y su interpretación conforme en el sistema español, con los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos (art. 10.2 CE). La incardinación de un sistema jurídico multinivel en la Constitución, a partir de las remisiones con el derecho del CEDH y, por otro lado, el derecho de la UE genera que se deban contemplar como obligaciones del Estado, vinculadas con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de un derecho a interpretación y traducción en el proceso penal.

Además, dentro del Derecho de la Unión Europea, se requiere que en el marco de cada estado de la UE deban cumplirse y adoptarse las normas derivadas de la transposición de las Directivas que garanticen los derechos de sospechosos y acusados en el proceso penal, siendo obligatorio trasponer la Directiva 2010/64, cuyo plazo de transposición estaba fijado en 2013. Por lo tanto, entendemos que dentro de la construcción de un ámbito jurídico multinivel en el proceso penal en la UE van a confluír el CEDH, la Carta de Derechos Fundamentales, las Directivas sobre los derechos de sospechosos y acusados en el proceso penal, junto con las tradiciones constitucionales de cada estado miembro, mediante la configuración de unas garantías judiciales no solo de mínimos sino detalladas y complejas. Estas garantías judiciales en cada uno de los Estados miembros de la UE han venido a reforzar las garantías necesarias para la implementación y el desarrollo efectivo de la Orden de detención europea.

⁶⁶ Antonio ROVIRA VIÑAS, «Gobernanza y derechos humanos». En: Rovira Viñas, A. (coord.). *Gobernanza democrática*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 21.

⁶⁷ Juan Carlos GAVARA DE CARA, «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 277-278.

IV. EL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN LA DIRECTIVA RELATIVA AL DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Dentro del sistema del CEDH, el derecho a información previa al juicio sobre los motivos de la detención y acusación para los detenidos estaría regido por el artículo 5.2⁶⁸ y estaría vinculado en la UE también con 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*. El artículo 6.3. CEDH establece los derechos mínimos del acusado en el ámbito del derecho a un proceso equitativo y es el que está vinculado directamente, particularmente el apartado 6.3.a⁶⁹ y 6.3.e⁷⁰ con 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 penales*. A continuación, plantearemos la distinción entre ambos artículos, así como el ámbito del artículo 6 CEDH que incide en la Directiva 2010/64.

El artículo 5 del CEDH ha sido abordado por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del siguiente modo⁷¹: El cumplimiento de la obligación del artículo 5.1.b⁷² conlleva *stricto sensu* que una persona no puede ser considerada responsable de incumplir una orden judicial, de la que no ha sido informado «The Court considers that a person cannot be held accountable for «non-compliance» with a court order if he or she has never been informed of that order»⁷³. Esta información, conforme al sistema multinivel de derechos procesales, se presume que habrá sido hecha en una lengua que comprende. Para determinar cuándo se está ante una ofensa de naturaleza penal en el ámbito del artículo 5 CEDH, el TEDH ha establecido los siguientes criterios: «*These are*

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

⁶⁹ Artículo 6.3.a CEDH: «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él: b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;»

⁷⁰ Artículo 6.3.e CEDH: «a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

⁷¹ Council of Europe/European Court of Human Rights/Research Division, *Guide on article 5 of the Convention: Right to liberty and security*, Council of Europe, Estrasburgo, 2014.

⁷² Artículo 5.1.b. CEDH: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

⁷³ *Beiere v. Latvia*, núm. 30954/05, TEDH, 29 noviembre 2011.

the classification of the proceedings under national law, the nature of the proceedings and the nature and degree of severity of the penalty»⁷⁴.

El artículo 5.2. CEDH establece que toda persona detenida deberá ser informada, en el plazo más breve posible, en una lengua que entienda de los motivos de su detención y de cualquier acusación contra ella. La razón de ser del artículo 5.2 CEDH estriba en que «*Article 5 § 2 contains the elementary safeguard that any person arrested should know why he is being deprived of his liberty and is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5*»⁷⁵. Por ello, sólo si el detenido comprende el motivo de su detención, podrá presentar un recurso contra ello, del que quedaría privado, en caso contrario. En consecuencia, el artículo 5.2 CEDH al garantizar el derecho a información en una lengua que se entienda, en caso de detención, está vinculado también con el artículo 5.4 CEDH⁷⁶ según el cual el detenido «tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal»⁷⁷.

La sentencia *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, concreta el alcance de la exigencia del artículo 5.2 CEDH: «*by virtue of paragraph 2 (art. 5-2) any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4*»⁷⁸. La información deberá ser proporcionada «*promptly*» o «*dans le plus court delai*», es decir, en breve plazo, pero no se requiere que toda la información sea proporcionada en su integridad en el momento de la detención⁷⁹. La adecuación del contenido y brevedad al proporcionar la información deberá ser determinado caso por caso, según sus particularidades⁸⁰. En la Decisión *Kerr v. the United Kingdom*⁸¹, el TEDH va más allá y concreta que este requisito se entendería satisfecho, si se informa al detenido al cabo de unas pocas horas. La persona a la que se deberá informar es al dete-

⁷⁴ *Benham v. the United Kingdom*, no. 19380/92, TEDH, 10 de junio de 1996, y también *Ravnsborg v. Sweden*, no. 14220/88, TEDH, 23 de marzo 1994.

⁷⁵ Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on article 5...* cit. 2014, para. 114.

⁷⁶ Council of Europe/European Court of Human Rights/Research Division, *Guide on article 5...* cit. 2014.

⁷⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cit. artículo 5.4.

⁷⁸ *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, núm. 12244/86; 12245/86; 12383/86, TEDH, 30 agosto 1990, para. 40.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Kerr v. the United Kingdom*, no. 40451/98, TEDH, 7 diciembre 1999, para. 42.

nido o a su representante⁸². Respecto al alcance de la obligación de proporcionar la información en una lengua que entienda, cuando se utilicen traductores para esta finalidad, las autoridades han de garantizar que las solicitudes de traducción se realizan de forma suficientemente meticulosa y precisa, también en un caso de extradición⁸³. Concretamente, el alcance del artículo 5.2 CEDH es el siguiente:

«This provision is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5: by virtue of paragraph 2 any person arrested must be told, in simple, non-technical language that he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4. Whilst this information must be conveyed «promptly», it need not be related in its entirety by the arresting officer at the very moment of the arrest.»⁸⁴

Sin embargo, el artículo 6 CEDH y, concretamente, los apartados 6.3 a)⁸⁵ y e)⁸⁶ enlazan con la Directiva 2010/64 sobre el derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. En el considerando núm. 6 de dicha Directiva se recuerda la vinculación del derecho a traducción e interpretación con el derecho a un juicio equitativo:

«La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica. Para ello, la presente Directiva tiene por objetivo garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo»⁸⁷.

La Directiva 2010/64 responde, por lo tanto, como ha señalado Hertog, a la necesidad de cumplir mejor con el CEDH, a raíz de una serie de decisiones del TEDH contrarias a estados miembros de la UE en este ámbito, y a la necesidad de lograr en toda norma europea que se apruebe en materia penal un mejor equilibrio con los requisitos del CEDH⁸⁸.

⁸² *Saadi v. United Kingdom* no. 13229/03, TEDH, 29 enero 2008, para. 53.

⁸³ *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, TEDH, 12 abril 2005.

⁸⁴ *Idem*, para. 413.

⁸⁵ Artículo 6.3.a CEDH: Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

⁸⁶ Artículo 6.3.e: Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

⁸⁷ Directiva 2010/64/UE cit. considerando núm. 6.

⁸⁸ Erik HERTOOG, «Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council on the right to interpretation and translation in criminal proceedings...», cit. p. 76.

4.1 Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 CEDH respecto a la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en el proceso penal⁸⁹

En cuanto al ámbito del artículo 6 CEDH encontramos una serie de criterios sentados por el TEDH en su jurisprudencia que vamos a desarrollar a continuación⁹⁰. En primer lugar, resulta necesario determinar cuándo se está ante una infracción de carácter penal. Esto resulta de gran interés, puesto que la Directiva 2010/64 se aplica en los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, no siendo de aplicación para el resto de los procesos. Sin embargo, la Directiva no establece ninguna definición de proceso penal y, como ha señalado Morgan, habrá que acudir a los criterios sentados por el TEDH para el artículo 6 CEDH, como criterio de interpretación⁹¹. A su vez, es necesario recordar que el art. 6.3.a hace referencia al derecho a ser informado en una lengua que entienda en el marco del proceso penal y el artículo 6.3. e hace referencia al derecho a tener un intérprete.

Los criterios sentados por el TEDH, según la *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights-Right to a fair trial (criminal limb)* para la determinación del carácter penal de una acción a partir del artículo 6 CEDH son: la clasificación dentro del derecho nacional, la naturaleza de la infracción y la severidad de la pena a la que se expone la persona concernida⁹². El segundo y el tercer criterio son alternativos y no cumulativos⁹³, puesto que el TEDH no exige que esté vinculada con una pena de cárcel necesariamente, dado que lo que prima es la naturaleza delictiva del acto enjuiciado⁹⁴. La *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights-Right to a fair trial (criminal limb)* configura el ámbito del derecho a

⁸⁹ Para la realización de este apartado se ha seguido como obra de referencia, también a nivel jurisprudencial: Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, Estrasburgo, 2014, updated 2019.

⁹⁰ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, Estrasburgo, 2014, updated 2019.

⁹¹ Caroline MORGAN, «The new European directive on the rights to interpretation and translation in criminal proceedings», En: Braun, S. & J. L. Taylor (Eds.), *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*. Guildford, University of Surrey, 2011, p. 8.

⁹² *Engel and others v. the Netherlands*, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) 8 de junio 1976, paras. 82, 83.

⁹³ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit.

⁹⁴ *Lutz v. Germany*, no. 9912/82, TEDH, 25 de agosto 1987, para. 54, *Nicoleta Gheorge v. Romania*, n.º 9912/82, para. 26.

traducción y a interpretación en el proceso penal establecido en el artículo 6 CEDH del siguiente modo:

En primer lugar, el 6.3.a) establece el derecho a «ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él» y tiene las siguientes características; han de existir razones para creer que el acusado tiene un conocimiento insuficiente del idioma, en cuyo caso, las autoridades le proporcionarán una traducción⁹⁵. No se especifica en el artículo 6.3.a) si la información relevante será escrita u oral, pero no tener una traducción escrita de la acusación en una lengua que se entienda puede perjudicar a un acusado extranjero «A defendant not familiar with the language used by the court may be at a practical disadvantage if the indictment is not translated into a language which he understands»⁹⁶, pero se admite que se proporcione de forma oral, siempre que permita que el acusado prepare su defensa⁹⁷.

En segundo lugar, el artículo 6.3.e se refiere de forma específica al derecho a la interpretación y traducción de documentos relevantes del proceso penal. El ámbito material del artículo 6.3.e CEDH se refiere a:

not only to oral statements made at the trial hearing but also to documentary material and the pre-trial proceedings. Paragraph 3 (e) (art. 6-3-e) signifies that a person «charged with a criminal offence» who cannot understand or speak the language used in court has the right to the free assistance of an interpreter for the translation or interpretation of all those documents or statements in the proceedings instituted against him which it is necessary for him to understand or to have rendered into the court's language in order to have the benefit of a fair trial⁹⁸.

Este derecho a la asistencia lingüística en el marco de un proceso equitativo tiene las siguientes características:

– Hay un requisito *sine qua non* y es que el derecho a la asistencia de un intérprete sólo se proporciona cuando el acusado no puede entender o hablar el idioma del juicio⁹⁹.

⁹⁵ *Brozicek v. Italy*, no. 10964/84, TEDH, 19 de diciembre de 1989, para. 41.

⁹⁶ *Hermi v. Italy*, no. 18114/02, TEDH, 18 de octubre 2006, para. 68, *Kamasinski v. Austria*, 19 diciembre 1989, no. 9783/82, para. 79.

⁹⁷ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit.

⁹⁸ *Kamasinski v. Austria*, cit., para. 74.

⁹⁹ *K. V. v. France* (Dec.), no. 10210/82, 7 de diciembre de 1983.

– El derecho a la asistencia lingüística conlleva la interpretación y, traducción de ciertos documentos necesarios para poder tener un proceso equitativo¹⁰⁰.

– Como indica la Guía sobre el artículo 6¹⁰¹, este derecho no equivale a una elección de la lengua del juicio, puesto que un acusado que entienda el idioma del tribunal no puede insistir en obtener la asistencia de un intérprete para poder utilizar la lengua que habla, aunque sea la lengua de una minoría étnica a la que pertenece¹⁰².

– No es suficiente con que el abogado entienda la lengua del juicio, porque el derecho a un juicio justo implica que el acusado ha de poder comprender el proceso para señalar al abogado en cualquier momento y durante la vista, cualquier aspecto necesario para su defensa¹⁰³. El artículo 6.3. CEDH se aplica en relación al juez¹⁰⁴, y en caso de que se decida prescindir del derecho a la interpretación, esta decisión corresponde al acusado y no a su abogado¹⁰⁵.

– Las obligaciones positivas que se derivan del artículo 6 CEDH conllevan que el juez debe cerciorarse de que la ausencia de un intérprete no vaya a perjudicar al acusado en un asunto de crucial importancia para el mismo¹⁰⁶. Por eso, en el caso *Cuscani v. the United Kingdom*, no suple el derecho a interpretación la ayuda prestada por un familiar del acusado, sin que el juez consultara al acusado al respecto.

– El juez es el garante de la equidad del proceso y debe velar por los derechos del acusado, concretamente, el derecho a una interpretación o traducción¹⁰⁷. El derecho garantizado por el artículo 6.3 del CEDH no abarca solo proporcionar un intérprete, sino que exige por parte del juez cierto grado de control sobre la naturaleza y adecuación de la interpretación que ha sido proporcionada en el marco del proceso penal¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit. para. 338.

¹⁰¹ *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, p. 92, para.

¹⁰² *K. V. v. France* (Dec.), no. 10210/82, 7 diciembre 1983, *Bideault v. France* (Dec.), no. 11261/84, 1 de octubre 1986, *Lagerblom v. Sweden* (Dec.), no. 26891/95, 14 de enero 2003.

¹⁰³ *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, *Kamasinski v. Austria*, cit., para. 79, *Cuscani v. the United Kingdom*, cit.

¹⁰⁴ *X. v. Austria*, (Dec.) no. 6185/73, 29 mayo 1975.

¹⁰⁵ *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)* cit., para. 517, p. 92, *Kamasinski v. Austria*, cit., para. 80.

¹⁰⁶ *Cuscani v. United Kingdom*, cit., para. 38.

¹⁰⁷ *Cuscani v. United Kingdom*, cit., *Hermi v. Italy*, no. 18114/02, TEDH, 18 de octubre 2006.

¹⁰⁸ *Kamasinsky v. Austria*, cit. para. 74, *Hermi v. Italy*, cit. para. 70, *Protópapa v. Turkey*, no. 16084/90, TEDH, 24 de febrero 2009, para. 80.

4.2 Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6 CEDH respecto a la Directiva 2010/64/UE y la Orden de detención europea

Hay una particularidad en la aproximación del TEDH realizada respecto al ámbito de aplicación del artículo 6 CEDH presente en la Decisión de admisibilidad *Monedero Angora v. Spain*¹⁰⁹. En 2008, mediante esta Decisión¹¹⁰, el TEDH consideró un caso sucedido al poco tiempo de entrar en vigor la *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*. En la Decisión de admisibilidad *Monedero Angora v. Spain*, el TEDH entiende que una Orden de Detención europea, según el artículo 6 CEDH no se considera un proceso penal y, por lo tanto, no entraría dentro de su ámbito de aplicación¹¹¹. Concretamente, se alegaba en la queja presentada ante el TEDH la vulneración del art. 5. sobre privación de libertad, en relación con el artículo 6 alegaba ser víctima de una violación del derecho a un juicio justo, ante un tribunal independiente e imparcial, en un plazo razonable, de acuerdo con los principios de legalidad y reciprocidad, con violación del principio de presunción de inocencia, en un caso vinculado con el tráfico de drogas. El TEDH declaró la queja inadmisibile, dado que «It follows from the above, analysed in the light of the case-law of the Court, that this procedure does not concern the determination of a criminal charge. Accordingly, this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3, and must be rejected pursuant to Article 35 § 4»¹¹².

Por todo ello, la Directiva 2010/64 de la UE viene a saldar un vacío legal al respecto. Era necesario dotar a la Orden de detención europea de la garantía que supone el derecho a traducción y a interpretación, pero no sólo debido a su naturaleza penal, como ha indicado el TEDH, sino por la necesidad de cimentar las razones por las cuales se puede afianzar la confianza mutua entre tribunales en la UE. La Decisión del TEDH recuerda que la naturaleza jurídica de la Orden de detención europea no es ser un proceso penal, ni tampoco es una última o segunda instancia, ya que el órgano judicial que recibe el ODE, según el TEDH, no realiza ningún acto de *Ius puniendi*. El proceso penal lo realiza el estado que emite la orden y no el que la recibe. El TEDH consideró que la

¹⁰⁹ *Monedero Angora v. Spain (Dec.)* no. 41138/05, TEDH, 7 de octubre 2008

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, cit. para. 20.

¹¹² *Monedero Angora v. Spain (Dec.)*, cit. para.2.

Orden de detención europea, reemplaza a la extradición entre estados de la UE pero con una naturaleza jurídica específica: «*Execution of a European arrest warrant is, in fact, practically automatic; the judicial authority does not carry out a fresh examination of the warrant in order to check that it conforms to its own domestic law, and will only refuse its execution for reasons laid down by the Law. It follows from the above, analysed in the light of the case-law of the Court, that this procedure does not concern the determination of a criminal charge*»¹¹³. Por lo tanto, el TEDH considera incompatible *ratione materiae*, aplicar el artículo 6.3 CEDH a la orden de detención europea y declara la demanda inadmisibile.

En el ámbito UE, la Directiva 2010/64 establece el derecho a interpretación para toda su jurisdicción, en caso de aplicación de una orden de Detención europea: «En los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Estado miembro de ejecución velará por que sus autoridades competentes faciliten la interpretación con arreglo al presente artículo a toda persona sujeta a dichos procedimientos y que no hable o entienda la lengua del procedimiento»¹¹⁴. De este modo, se garantiza que, en cualquier estado de la UE, en el marco de la aplicación de una Orden de detención, se facilitará la interpretación a la persona sujeta a la misma, que no hable o entienda la lengua del procedimiento. Pero este derecho a interpretación se inserta dentro del sistema de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales entre tribunales de estados de la UE. En el Considerando n.º 15 de la Directiva 2010/64 UE se expresa como motivo de justificación de la Directiva que el derecho a interpretación y traducción de documentos esenciales son «medidas necesarias de acompañamiento, a la ejecución de una orden de detención europea» y son los estados miembros de ejecución quienes «deben facilitar y sufragar los costes de interpretación y traducción para la persona reclamada que no entienda o no hable la lengua del procedimiento». Concretamente, esto se traduce en el artículo 4 Directiva 2010/64 en cuanto a los costes de la traducción e interpretación de la Orden¹¹⁵.

En el artículo 3.6 de la Directiva 2010/64 se regula el derecho a la traducción escrita del documento de la orden de detención europea para toda persona sujeta a dicho procedimiento que no entienda la lengua en que esté redactada o la lengua en que ésta haya sido traducida por el Estado miembro de emi-

¹¹³ *Idem*, para. 2.

¹¹⁴ Directiva 2010/64/UE cit. artículo 2.7.

¹¹⁵ Directiva 2010/64/UE cit. artículo 4: «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».

sión¹¹⁶. En cuanto al derecho a la interpretación en el ámbito de la Orden de detención europea, se halla regulado en el artículo 2.7 según el cual el estado miembro de ejecución ha de velar porque se facilite la interpretación a toda persona sujeta a una orden de detención europea que no hable o entienda la lengua del procedimiento¹¹⁷.

Sin embargo, como hemos visto, la existencia de este derecho, no otorga naturaleza de proceso penal a la Orden de detención europea, sino que, por el contrario, es una garantía de su ejecución. Este sistema de reconocimiento mutuo «*mutual recognition*» es parte inherente del sistema de construcción de la Unión Europea y también existe como señala Morgan, en el ámbito económico, dentro del mercado interno, puesto que: «*if an item is suitable for sale in one Member State, then all the Member States should accept it for sale without further enquiry*»¹¹⁸. En el ámbito de la libre circulación de servicios también existe dicho sistema vinculado a la libre circulación y en el sector audiovisual, es una pieza clave que se mantiene también en la nueva Directiva 2018/1808 que modifica la normativa sobre servicios de la comunicación audiovisual, pero mantiene el principio del Estado de origen y su jurisdicción, como primer responsable de la adecuación de las emisiones con el derecho de la UE¹¹⁹. El sistema europeo del audiovisual se basa históricamente en el principio del estado de origen, en virtud del cual es el estado emisor quien debe controlar y velar por el cumplimiento del derecho de la UE, y, por lo tanto, no se requiere un segundo control en su recepción por parte del resto de estados de la UE, creando así un espacio de libre circulación audiovisual. La novedad de la Directiva 2018/1808 radica en el cambio de paradigma generado por las plataformas de vídeo, y de vídeos generados por usuarios, que pueden llegar a

¹¹⁶ Artículo 3.6 Directiva 2010/64 «En los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Estado miembro de ejecución velará por que sus autoridades competentes faciliten a toda persona sujeta a dichos procedimientos y que no entienda la lengua en que esté redactada la orden de detención europea, o la lengua a que esta haya sido traducida por el Estado miembro de emisión, una traducción escrita de dicho documento».

¹¹⁷ Artículo 2.7 Directiva 2010/64 «En los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Estado miembro de ejecución velará por que sus autoridades competentes faciliten interpretación con arreglo al presente artículo a toda persona sujeta a dichos procedimientos y que no hable o entienda la lengua del procedimiento».

¹¹⁸ Caroline MORGAN, «The new European directive on the rights to interpretation and translation in criminal proceedings», cit., p. 5.

¹¹⁹ Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

tener un mayor impacto que los canales tradicionales y que, no podían quedar al margen de la normativa europea.

El desarrollo de una garantía europea de los derechos fundamentales también para sospechosos y acusados en el ámbito del proceso penal que se impulsó a través del Programa de Estocolmo, estaba vinculada a la creación de una Orden de detención europea. En este marco jurídico multinivel se inscribe un derecho básico para garantizar la tutela judicial efectiva y los derechos de la defensa, como es el derecho a la interpretación y traducción en el proceso penal garantizado por la Directiva 2010/64, que viene a dar respuesta a dos necesidades previamente existentes, a las que debe hacer frente la UE: por un lado, la necesidad de los cumplir con lo establecido por el CEDH (art. 6 CEDH) y por la jurisprudencia del TEDH, y, por otro, la necesidad de asegurar las mínimas garantías penales en todo Estado de la UE como base para garantizar una Orden de detención europea, que sea efectiva y a la vez respete los derechos fundamentales, generando confianza mutua entre los Estados miembros. Durante el proceso de negociación de la Directiva, como Morgan señala, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, fueron objeto de particular atención dado que la nueva Directiva debía cumplir los estándares del CEDH establecidos por el TEDH. El texto final de la Directiva 2010/64, debía superar el test de cumplimiento de los derechos del CEDH y ser considerado «Strasbourg-Proof»¹²⁰.

V. LA DIRECTIVA 2010/64/UE Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El contenido de la Directiva 2010/64 respeta la voluntad de concordar la normativa UE con los criterios y estándares del CEDH, e incluso los desarrolla con un nivel de protección más elevado en algunos aspectos clave, como podría ser la extensión del derecho a interpretación y a traducción aplicado a la Orden de detención europea. La articulación entre los distintos sistemas jurídicos, una vez más, se basa en la configuración del estándar más elevado y deja la puerta abierta a que cada estado miembro, si lo decide, pueda ampliar estas normas mínimas que la Directiva establece¹²¹. Concretamente, el artículo 8 de la Directiva 2010/64 establece unas garantías de no regresión respecto al nivel

¹²⁰ Caroline MORGAN, «The new European directive on the rights to interpretation and translation in criminal proceedings», cit. p. 7.

¹²¹ Directiva 2010/64, considerando 32.

de protección alcanzado en relación al derecho a la traducción e interpretación tanto por el CEDH, como por la Carta de Derechos Fundamentales o por el desarrollo que pudieran llevar a cabo los Estados miembros o, incluso el derecho internacional, dado que, cualquier derecho o garantía procesal que proporcione un nivel de protección más elevado no podrá ser derogado ni limitado por esta Directiva ¹²².

Dentro del contenido de la Directiva, en primer lugar, el artículo 1 ¹²³ consagra el ámbito de aplicación restringido a los procesos penales. Pero, como ya hemos señalado, no especifica ni define qué entiende por proceso penal, por lo que, deberemos emplear la configuración realizada por el TEDH como criterio de interpretación. La Directiva 2010/64 también señala que las disposiciones que correspondan con derechos, como el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) y los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales (art. 47 y 48), deberán ser interpretadas y aplicadas de forma coherente con los criterios del TEDH, ya desarrollados, y con los del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que a continuación tendremos en cuenta para la delimitación del contenido de la Directiva ¹²⁴.

En cuanto al alcance del derecho a la interpretación y traducción en el marco de la Directiva 2010/64, el abogado general del TJUE, en el caso *Co-*

¹²² Directiva 2010/64/UE *cit.*, artículo 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.

¹²³ Directiva 2010/64/UE, *cit.*, artículo 1. La presente Directiva establece normas relativas al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea.

2. Este derecho se aplicará a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial o de otro modo, que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso, entendido como la resolución definitiva de la cuestión de si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluida, en su caso, la sentencia y la resolución de cualquier recurso que se haya presentado.

3. En caso de que la legislación de un Estado miembro prevea la imposición de una sanción para 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.

4. La presente Directiva 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.

¹²⁴ Directiva 2010/64, considerando 33: «Las disposiciones de la presente Directiva, 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».

*vaci*¹²⁵, señaló que hay un estándar de protección más elevado, en la Directiva 2010/64, que en el artículo 6.3 del CEDH puesto que:

«Más concretamente, esta Directiva protege, por un lado, el derecho a la asistencia de un intérprete y, por otro lado, el derecho a la asistencia de un traductor al dedicarles a cada uno un artículo específico, con el fin de consolidar su protección. Esta forma de actuar se diferencia, por lo demás, de la adoptada por la CEDH que, en su artículo 6, apartado 3, letra e), consagra únicamente el derecho a la asistencia de un intérprete, habiendo ampliado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos este derecho a la traducción de determinados documentos que figuran en autos.»¹²⁶

Por lo tanto, dentro de la Directiva 2010/64, encontramos dos derechos vinculados con el derecho a la asistencia lingüística en el proceso penal, estos son: en el artículo 2 se regula el derecho a interpretación y en el artículo 3 el derecho a traducción de documentos esenciales.

Respecto al artículo 3 deberemos subrayar el alcance de la exigencia de que se trate de documentos esenciales a la hora de legitimar el ejercicio del derecho a la traducción. Según la jurisprudencia del TJUE, en el caso *Covaci* se plantea el alcance de la aplicación de la Directiva respecto a un recurso en el marco de un proceso penal abreviado sin vista, que debía presentarse en alemán, conforme al derecho de dicho estado, como condición de admisibilidad, aunque el acusado era de nacionalidad rumana y no entendía dicha lengua. El acusado reclamaba poder presentar el recurso de oposición en una lengua distinta, en base a la Directiva 2010/64.

La cuestión prejudicial que se analiza en la Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2015 viene a configurar el alcance de las previsiones establecidas en los artículos 1 a 3 de la Directiva:

Los artículos 1 a 3 de 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 penales, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento penal, no permite a la persona contra quien se haya dictado una orden penal formular oposición contra esta por escrito en una lengua distinta de la lengua de procedimiento, aun cuando dicha persona no domine esta última lengua, siempre que, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de esta Directi-

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Laufen-Alemania)-Proceso penal contra Gavril Covaci (Asunto C-216/14).

¹²⁶ Conclusiones del Abogado General sr. Yves Bot presentadas el 7 de mayo de 2015, Asunto C 216/14 Proceso penal contra Gavril Covaci, para. 50.

V. EL DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL: ... ■

va, las autoridades competentes no consideren, a la luz del procedimiento en cuestión y de las circunstancias del asunto, que dicha oposición constituye un documento esencial¹²⁷.

El artículo 2 de la Directiva 2010/64 establece el derecho a la interpretación en el marco del proceso penal y, como ha señalado el Abogado General, este derecho se ha de interpretar de forma conjunta con el ámbito de aplicación temporal del derecho, establecido por el artículo 1.2 de la Directiva: tanto el derecho a interpretación como a traducción se aplicarán desde el momento en que las autoridades pongan en conocimiento, mediante comunicación oficial o de otro modo, que una persona es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal. Pero no termina ahí, sino que dura hasta la resolución definitiva, incluyendo la sentencia y resolución de cualquier recurso que se haya presentado.

Según el artículo 2.1 el derecho a la interpretación abarca el transcurso del proceso penal ante autoridades judiciales y policiales, inclusive durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y en las audiencias intermedias que sean necesarias. El artículo 2.2 lo concreta a facilitar un servicio de interpretación en la comunicación con un abogado en cualquier interrogatorio, o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales. Pero para el Abogado General en el caso *Covaci* esta enumeración «no reviste carácter exhaustivo»¹²⁸.

El TJUE en su sentencia hace referencia en este sentido a la jurisprudencia del TEDH según la cual «el respeto de las exigencias relacionadas con el proceso equitativo se limita a garantizar que el acusado sepa de qué se le acusa y pueda defenderse, sin que quepa exigir una traducción escrita de toda prueba documental o documento oficial de los autos¹²⁹. La conclusión a la que llega el TJUE es que el artículo 2 de la Directiva 2010/64 «tiene por objeto la traducción por un intérprete de las comunicaciones orales entre el sospechoso o acusado y los servicios de investigación, las autoridades judiciales o, en su caso, su abogado, pero no la traducción escrita de todo documento escrito aportado por dicho sospechoso o acusado»¹³⁰.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Laufen-Alemania)-Proceso penal contra Gavril Covaci (Asunto C-216/14), Fallo.

¹²⁸ Conclusiones del abogado general sr. Yves Bot presentadas el 7 de mayo de 2015, Asunto C 216/14 Proceso penal contra Gavril Covaci, cit.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea, caso *Covaci*, cit. para. 32.

¹³⁰ *Idem*, paras. 39/40.

En este contexto emergen una serie de cuestiones esenciales dentro de la configuración del derecho a la asistencia lingüística, mediante el derecho a traducción e interpretación en el marco de un proceso penal equitativo:

En primer lugar, la articulación de un mecanismo o procedimiento, según el artículo 2.4 de la Directiva 2010/64, para determinar si el sospechoso o acusado habla y entiende la lengua del proceso penal y si requiere la asistencia de un intérprete. Este procedimiento ha de ir acompañado de garantías, puesto que, con arreglo a los procedimientos previstos por el derecho nacional, el sospechoso o acusado ha de poder tener derecho a recurrir la decisión según la cual no es necesaria la interpretación y, cuando se haya facilitado este derecho a la interpretación, ha de tener la posibilidad de presentar una reclamación si la calidad de la interpretación no es suficiente para salvaguardar la equidad del proceso.

Sin embargo, de la previsión de este mecanismo se desprende que el objetivo de la Directiva no es proporcionar un servicio de interpretación o traducción «a la carta», puesto que uno de los mecanismos habilitantes para el ejercicio del derecho a interpretación es que no se entienda ni se hable la lengua del proceso penal. Para el caso del derecho a traducción el artículo 3 prevé como requisito, que se trate «documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso» y que el sospechoso o acusado no entienda la lengua del proceso (art. 3.3).

En segundo lugar, como ha indicado la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) se exige la naturaleza de documentos esenciales en el proceso penal, lo que legitima el derecho a la traducción de estos, según el artículo 3 de la Directiva 2010/64¹³¹. Dentro de los estados miembros, la FRA distingue que hay algunos que en su normativa nacional delimitan qué documentos se consideran esenciales (22 estados miembros) mientras otros no contemplan esta lista de documentos esenciales¹³². Es necesario tener en cuenta en el ámbito de los criterios establecidos por el TJUE la doctrina sentada por el caso *Covaci*, en 2015, y también por el caso *Istvan Balogh*¹³³, en el año 2016. En el ámbito del TEDH resulta remarcable la sentencia *Hermi v. Italy*¹³⁴. En este contexto, la FRA emplea una definición de documentos esenciales

¹³¹ European Union Agency for Fundamental Rights, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2016.

¹³² *Idem*, pp. 36-37.

¹³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-25/15, *Criminal proceedings against István Balogh*, 9 de Junio 2016.

¹³⁴ *Hermi v. Italy*, TEDH, cit.

como aquellos que facilitan el ejercicio del derecho a la defensa y permiten la participación en el proceso¹³⁵. La Directiva 2010/64, en el artículo 3 concretamente lo delimita a: «documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso (art. 3.1)». Sin embargo, si bien según el artículo 3 se considera esencial «cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia», esto no es una lista cerrada porque «Las autoridades competentes decidirán si resulta esencial cualquier otro documento, en un caso determinado. El sospechoso o acusado, o su abogado, podrá presentar una solicitud motivada en este sentido». Esto conlleva *sensu contrario*, que no se considera necesario traducir todos los documentos del proceso, ni incluso dentro de los documentos esenciales «aquellos pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan»¹³⁶.

En la sentencia, de 12 de octubre de 2017, en el asunto *Sleutjes*¹³⁷, el TJUE ha realizado una interpretación amplia respecto a la definición de documentos esenciales. Se trataba de un caso vinculado a un procedimiento penal abreviado, por una infracción leve, en el cual, se emite una propuesta de imposición de pena en alemán a una persona que no entiende alemán, ante la que solo hay un resumen en neerlandés, lengua del acusado, de los recursos disponibles¹³⁸. La cuestión prejudicial estriba en si el concepto de documento esencial del artículo 3 de la Directiva 2010/64 conlleva que deba interpretarse dentro de la concepción de sentencia esta propuesta de imposición de pena, lo que conllevaría el derecho a su traducción, en un caso como este en el que no se entiende la lengua del proceso¹³⁹. El TJUE ratifica la postura adoptada por el Abogado General en el caso *Sleutjes*, según la cual «Una resolución judicial de autorización de un decreto de propuesta de imposición de pena es un «documento esencial» a los efectos del artículo 3 de la Directiva 2010/64»¹⁴⁰, su no traducción comportaría un menoscabo del derecho a un juicio equitativo. Dentro de las consideraciones generales respecto al derecho a traducción, la sen-

¹³⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, cit. p. 27.

¹³⁶ Conclusiones del abogado general sr. Nils Wahl presentadas el 11 de mayo de 2017, asunto C-278/16, Procedimiento penal contra Frank Sleutjes,

¹³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de octubre de 2017, Procedimiento penal entablado contra Franck Sleutjes, asunto C278-16.

¹³⁸ *Idem*, paras. 11, 12, 13.

¹³⁹ *Idem*, para. 19.

¹⁴⁰ Conclusiones del abogado general sr. Nils Wahl presentadas el 11 de mayo de 2017, Asunto C-278/16, Procedimiento penal contra Frank Sleutjes, cit. para. 1.

tencia remarca su carácter universal en la UE ¹⁴¹, y también aporta un matiz a la lengua de traducción:

«Por otra parte, la Directiva 2010/64 no especifica la lengua en la que la persona sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal que no entiende la lengua del procedimiento debe recibir la traducción de los documentos esenciales. Por consiguiente, no hay nada que sugiera que debe ser la lengua materna de esa persona. Al contrario, el artículo 3, apartado 4, de esa Directiva señala de forma manifiesta que el objetivo de la traducción es que la persona sospechosa o acusada «tenga conocimiento de los cargos que se le imputan». Pues bien, sería posible utilizar una lengua de referencia que esa persona comprenda, en la medida en que se recurra a ella por motivos justificados.»¹⁴²

El TJUE en la sentencia *Sleutjes* también toma en consideración las conclusiones del Abogado General en el caso *Covaci* y señala que «el derecho a la traducción que en él se consagra tiene como finalidad permitir a las personas afectadas ejercer su derecho de defensa y salvaguardar la equidad del proceso»¹⁴³. Por ello, en este caso, no traducir una propuesta de imposición de pena, conlleva que «esa persona no puede comprender qué se le imputa y, por tanto, no puede ejercer válidamente su derecho de defensa si no obtiene una traducción de la citada resolución en una lengua que comprenda»¹⁴⁴.

La respuesta a la cuestión prejudicial es que el artículo 3 de la Directiva 2010/64 se ha de interpretar de modo que una resolución judicial para sancionar infracciones penales leves, tras un procedimiento abreviado, constituye un «documento esencial» lo que conlleva que las personas sospechosas o acusadas que no comprendan la lengua del proceso, deberán recibir una traducción escrita, que les permita ejercer su derecho de defensa y garantice un proceso equitativo¹⁴⁵.

En su informe al respecto, la FRA considera también que la Directiva va más allá de la jurisprudencia del TEDH, en aspectos como el registro de traductores (art. 5.2) o la necesidad de una formación para jueces, fiscales y personal judicial en el artículo 6. Para la FRA, la Directiva aporta como un buen requisito la independencia de los intérpretes y traductores¹⁴⁶. La FRA también hará referencia a una particularidad del derecho de la UE, presente en sentencias anteriores al desarrollo del Programa de Estocolmo, que puede afectar a

¹⁴¹ *Idem*, para. 39.

¹⁴² *Idem*, para. 40.

¹⁴³ *Idem*, para. 32.

¹⁴⁴ *Sleutjes*, asunto C278-16, TJUE, cit. para. 33.

¹⁴⁵ *Idem*, para. 34.

¹⁴⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, cit. p. 26.

estados que tengan un régimen de cooficialidad de lenguas, en virtud del cual, si el sistema nacional de un Estado miembro admite como lengua del proceso, una lengua para una minoría lingüística, dentro de ese estado, se admite este privilegio lingüístico para otro nacional de un tercer estado, que hable esa misma lengua¹⁴⁷. Esto es conocido como el «*Bickel-Franz effect*», al recibir el nombre de la sentencia del TJUE, que dio origen a esta doctrina¹⁴⁸.

VI. CONCLUSIONES

El derecho a traducción y a interpretación en el proceso penal está garantizado en toda la Unión Europea mediante la Directiva 2010/64/UE. Era necesario poder cumplir con los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente, respecto al artículo 6 CEDH, en el ámbito de un proceso equitativo en el juicio penal. El desarrollo de estos derechos incluye la Orden de detención europea y esto responde a la exigencia de confianza mutua entre sistemas judiciales, clave para construir un espacio común de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Sería contrario al derecho a un juicio justo que una persona fuera condenada sin poder comprender el motivo o sin poder entender cuándo puede presentar un recurso, debido a su desconocimiento del idioma del juicio. El desarrollo del derecho a traducción y a interpretación en el proceso penal es también un derecho-garantía de los otros derechos procesales en la UE para un juicio equitativo. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado un estándar de mínimos que deben cumplir todos los estados miembros de la Unión Europea, respecto al derecho a un proceso equitativo y es un criterio de interpretación del derecho a interpretación y a traducción. La Directiva 2010/64/UE responde a esta exigencia, pero adopta incluso un nivel de protección más elevado, con una garantía de no regresión. Todo ello se integra en un sistema multinivel de derechos fundamentales en la Unión Europea, en el cual, los derechos procesales en el ámbito penal son una exigencia vinculada con el fundamento axiológico de la UE: la democracia. No debe confundirse el proceso de integración europea con la uniformidad. La Directiva 2010/64 de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales muestra cómo es posible articular diver-

¹⁴⁷ *Idem*, p. 27.

¹⁴⁸ *Horst Otto Bickel v. Ulrich Franz*, C-274/96, TJUE, 24 noviembre 1998-FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, cit. p. 27.

sidad lingüística e igualdad de derechos fundamentales, en base al principio de no discriminación, en el marco de un juicio equitativo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello», *Nomos*. Disponible en: <http://www.nomos-leattualita-neldiritto.it/wp-content/uploads/2016/03/Parlamenti-nazionali-e-Unione-europea-nella-governance-multilivello.pdf>.
- BOGDANDY, Armin von, «Neither an International Organization Nor A Nation State: The EU as a Supranational Federation». En: Erik Jones, Anand Menon, ay Stephen Weatherill, *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 185, cit. en: Xavier Fernández Pons, «El derecho internacional público ante el “trilema” de la globalización», en: Antoni Badia Martí, Antoni Pigrau Solé, Andreu Olesti Rayo (coords.). *El derecho Internacional ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009.
- COUNCIL OF EUROPE, «Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus» <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, Estrasburgo, 2014, updated 2019.
- COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS/RESEARCH DIVISION, *Guide on article 5 of the Convention: Right to liberty and security*, Council of Europe, Estrasburgo, 2014.
- COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, *EU Law Materials. Using EU law in domestic criminal proceedings and initiating references to the CJEU*, Court of Justice of the European Union, February 2020. <https://www.fairtrials.org/publication/eu-law-materials>.
- DE WET, Erika, «The Constitutionalization of Public International Law». En: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- EUROPEAN JUSTICE: [HTTPS://E-JUSTICE.EUROPA.EU/CONTENT_EUROPEAN_ARREST_WARRANT-90-ES.DO](https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do).
- EUROPEAN COMMISSION, Justice. «Rights of suspects and accused»: http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-rights/index_en.htm.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2016.

- FABRE-ALIBERT, Véronique, «La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 35, julio 1998.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, FREIXES, Teresa, ROVIRA VIÑAS, Antonio, *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- HÄBERLE, Peter, «Aspectos de una teoría constitucional para Europa», *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005.
- «¿Tiene España y Europa una Constitución?». *ReDCE*, año 6, núm. 12, julio-diciembre 2009.
- HERTOG, Erik, «Directive 2010/64/EU of the European parliament and of the Council on the right to interpretation and translation in criminal proceedings: transposition strategies with regard to interpretation and translation», *MonTI. Monografías de Traducción e Interpretación*, núm. 7, 2015.
- KUMM, Matthias, Center for Global Constitutionalism at the WZB Berlin Social Science Research Center, <https://www.wzb.eu/en/research/trans-sectoral-research/center-for-global-constitutionalism>.
- MORGAN, Caroline, «The new European directive on the rights to interpretation and translation in criminal proceedings», En: Braun, S. & J. L. Taylor (Eds.), *Video-conference and remote interpreting in criminal proceedings*. Guildford, University of Surrey, 2011.
- OETHEIMER, Mario, «La cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine». *Revue trimestrielle droits de l'homme*, núm. 69, enero 2007.
- PETERS, Anne, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, 2016.
- «Global Constitutionalism.» En: *The Encyclopedia of Political Thought*, Michael T. Gibbons (ed.). Wiley-Blackwell, London 2015.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, «Gobernanza y derechos humanos». En: Rovira Viñas, A. (coord.). *Gobernanza democrática*. Madrid, Marcial Pons, 2013.
- STEPHEN GARDBAUM «HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL CONSTITUTIONALISM». EN JEFFREY, L. Dunoff, J. L.; Joel P. Trachtman, J. *Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 8è. ed., París, 2006.
- TELL, Olivier, «Les directives relatives à la procédure pénale: quelle protection du droit des personnes ? », *Revue de l'Union Européenne*, núm. 579, Junio 2014.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J., «Multiculturalismo y Estado Social y Democrático de Derecho» en: Pedro J. Tenorio Sánchez (coord.) *La Libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

VIE PUBLIQUE: au cœur du débat public, « Quelles sont les étapes de la construction de l'Union européenne ? », Direction de l'Information Légale et Administrative <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/ue-citoyennete/construction-europeenne/comment-s-est-construite-union-europeenne.html>.

WEN-CHEN CHANG AND JUINN-RONG YEH, «Internationalization of Constitutional Law». En: Michel Rosenfeld y András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo Derechos Humanos

Beiere v. Latvia, núm. 30954/05, 29 de noviembre de 2011.

Benham v. the United Kingdom, n.º 19380/92, 10 de junio de 1996.

Brozicek v. Italy, no. 10964/84, 19 de diciembre de 1989.

Cuscani v. United Kingdom, n.º 32771/96, 24 de septiembre de 2002.

Engel and others v. the Netherlands, n.º 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) 8 de junio de 1976.

Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom, núm. 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30 de agosto de 1990.

Hermi v. Italy, no. 18114/02, 18 de octubre de 2006.

Kamasinski v. Austria, n.º 9783/82, 19 de diciembre de 1989.

Kerr v. the United Kingdom, n.º 40451/98, 7 de diciembre de 1999.

Lutz v. Germany, no. 9912/82, 25 de agosto de 1987.

Nicoleta Gheorge v. Romania, n.º 23470/05, 3 de abril de 2012.

Protopapa v. Turkey, n.º 16084/90, 24 de febrero de 2009.

Ravnsborg v. Sweden, n.º 14220/88, 23 de marzo de 1994.

Saadi v. United Kingdom, n.º 13229/03, 29 de enero de 2008.

Shamayev and Others v. Georgia and Russia, n.º 36378/02, 12 de abril de 2005.

Bideault v. France (Dec.), 11261/84, 1 de octubre de 1986.

K. V. v. France (Dec.), núm. 10210/82, 7 de diciembre de 1983.

Lagerblom v. Sweden (Dec.), n.º 26891/95, 14 de enero de 2003.

Monedero Angora v. Spain (Dec.) n.º 41138/05, TEDH, 7 de octubre de 2008.

X. v. Austria, (Dec.), núm. 6185/73, 29 mayo 1975.

Tribunal de Justicia Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Laufening-Alemania)-Proceso penal contra Gavril Covaci (Asunto C-216/14) (1).

Conclusiones del abogado general sr. Yves Bot presentadas el 7 de mayo de 2015, Asunto C 216/14 Proceso penal contra Gavril Covaci.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016 (petición de decisión prejudicial planteada por el Budapest Környéki Törvényszék-Hungría)-procedimiento incoado contra István Balogh.

Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de octubre de 2017, Procedimiento penal entablado contra Franck Sleutjes, asunto C278-16.

Conclusiones del abogado general sr. Nils Wahl presentadas el 11 de mayo de 2017, asunto C-278/16, Procedimiento penal contra Frank Sleutjes.

Sentencia TJCE *Horst Otto Bickel v. Ulrich Franz*, C-274/96, TJUE, 24 de noviembre de 1998.

NORMATIVA

Carta Derechos Fundamentales DO C 202 de 7 de junio de 2016.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre 1950.

Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros 2002/584/JAI, Diario Oficial n.º L 190, 18 de julio de 2002.

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.

Dictamen 2/13: Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 Diario Oficial C 65 de 23 de febrero de 2015.

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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 280, 26 de octubre de 2010.

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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 142, 1 de junio de 2012.

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, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 294, 6 de noviembre de 2013.

Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

Proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final.

Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 115, 4 de mayo de 2010.

Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales *Diario Oficial de la Unión Europea* C 295, 4 de diciembre de 2009.

Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 202, 7 de junio de 2016.

VI

LA MISE EN ŒUVRE DU MANDAT D'ARRET EUROPEEN EN FRANCE

MME. SOPHIE PEREZ
Université de Toulon

SUMARIO: I. *Introduction.*—II. *Les différentes étapes de l'insertion de la décision cadre en droit français.*—III. *Les conditions relatives au statut de la personne, aux infractions commises et au respect des droits fondamentaux.*—IV. *Les conditions relatives au respect de la procédure et des droits procéduraux.*

I. INTRODUCTION

Comme dans les autres États membres, le mandat d'arrêt européen a introduit en France des dispositions qui s'inscrivent en marge des procédures traditionnelles d'extradition. Un bref examen de cette procédure, de son caractère politique et de ses lourdeurs, permet de prendre conscience des raisons pour lesquelles elle ne pouvait s'inscrire dans la logique de l'édification de l'Espace de Liberté de sécurité et de justice de l'Union européenne.

La procédure d'extradition française est, en effet, régie par la convention du 13 décembre 1957 et par les accords bilatéraux signés par la France. La loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers constitue, quant à elle, la procédure de droit commun en absence de Traité. Cette procédure est définie par les articles 696 à 696-24 du code de procédure pénale. Elle prévoit que la procédure

d'exécution d'une demande d'extradition présentée par un autre État comprend une phase judiciaire devant la chambre de l'instruction, suivie d'une phase administrative qui s'achève, le cas échéant, par la signature d'un décret autorisant l'extradition par le Premier ministre. Elle s'applique, à titre principal, aux demandes d'extradition émanant d'États ou adressées à des États non-membres de l'Union européenne. Elle prévoit également le maintien de la double incrimination des faits, c'est-à-dire l'exigence de faits punis par la loi de l'État requérant, ou de peines criminelles punies d'un maximum d'au moins deux ans d'emprisonnement, ainsi que l'exigence en cas de condamnation, d'une peine prononcée d'au moins deux mois d'emprisonnement et permet aux États la possibilité de refuser l'extradition pour des motifs politiques ainsi que l'impossibilité d'accorder l'extradition de nationaux¹. En ce qui concerne la phase administrative, les demandes d'extradition sont adressées au ministre des Affaires étrangères qui les transmet au ministre de la Justice. Après s'être assuré de la régularité de la requête, ce dernier transmet le dossier au procureur de la République du lieu où la personne recherchée a été signalée. La personne est alors soumise à deux interrogatoires successifs, l'un par le procureur de la République du lieu d'arrestation dans les vingt-quatre heures suivantes, pour une vérification d'identité, l'autre par le procureur général, après le transfert au chef-lieu de la Cour d'appel. En cas d'urgence, une demande d'arrestation provisoire peut être formulée directement auprès du ministère de la justice ou même du procureur de la République compétent. La demande officielle d'extradition doit alors parvenir dans des délais relativement brefs. Le non-respect de ces délais entraînant la mise en liberté de la personne. En ce qui concerne la phase judiciaire, la personne doit comparaître dans les huit jours devant la chambre de l'instruction (un délai supplémentaire de huit jours peut toutefois être accordé). Si la personne consent formellement à son extradition, le dossier est transmis sans délai au ministère de la Justice. Dans le cas contraire, la chambre de l'instruction rendra un avis motivé sur la demande d'extradition. Cet avis ne peut être défavorable que si les conditions légales ne sont pas remplies ou qu'il y a une erreur manifeste. Il lie alors le Gouvernement. Mais en cas d'avis favorable, il conserve, tout de même sa liberté d'appréciation et peut accorder ou refuser l'extradition. La Cour de cassation a admis progressivement la formation de pourvoi à l'égard de la décision de la chambre de l'instruction². Lorsque l'extradition est finalement décidée, le ministre de la Jus-

¹ J-C Marin, Circulaire CRIM-04- CAB – 11.03.2004, DACG, S. D. J. P. S. n° 02-L-242, Bulletin officiel, INTRANET Justice, non publiée au JORF. Voir aussi C. Philip, Rapport Assemblée Nationale, 11 juin 2004, n° 1621, p. 6/CAB

² Voir, par exemple, Arrêt de la Cour de Cassation, n° 5156 du 15 septembre 2004, Chambre criminelle, décision de rejet, aff.: M. Durhasan X

tice soumet à la signature du Premier ministre un décret autorisant l'extradition. Ce décret est à son tour susceptible de recours devant le Conseil d'État. L'extradé doit alors être remis dans un délai d'un mois à compter de la notification de ce décret à l'État requérant, faute de quoi il est remis en liberté. La procédure d'extradition est donc une procédure longue et complexe, qui prend au minimum six mois, même lorsque la personne recherchée donne son accord.

Cette complexité explique que les États membres des Communautés, puis de l'Union, ont tenté, dès le début des années quatre-vingt-dix de trouver des procédures plus simples, telles que celles qui avaient été mises en place au travers des conventions européennes de 1995 (procédure simplifiée d'extradition lorsque la personne réclamée consent à sa remise) et de 1996 (facilitation de l'extradition entre les États membres). La convention de 1995 prévoyait notamment que la personne réclamée pouvait renoncer au principe de spécialité, ce renoncement pouvant être considéré comme une conséquence du consentement à l'extradition ou faire l'objet d'une déclaration expresse. Cependant, même si ces deux conventions constituaient une avancée importante en matière de simplification et d'accélération de la procédure d'extradition, plus de six ans après leur élaboration, elles n'étaient toujours pas entrées en vigueur, faute d'avoir été ratifiées³.

Par rapport à ces textes, le changement apporté par la décision-cadre est considérable. Une demande d'extradition émanant d'un État membre de l'Union européenne sera dorénavant adressée directement au ministre de la Justice par les autorités compétentes de cet État et non plus par la voie diplomatique. À une relation interétatique, le mandat d'arrêt substitue en effet une relation entre deux autorités judiciaires, celle de l'émission et celle de l'exécution, la juridicisation de la procédure du mandat d'arrêt européen au détriment de l'aspect politique de l'extradition étant un gage de son efficacité. Le Mandat d'arrêt européen opère donc une véritable rupture avec le droit classique de l'extradition, parce que son application se fait en dehors des autorités politique et diplomatique des États membres et en rupture également avec le principe en vigueur dans certains États, selon lequel un national ne peut être extradé par son propre État.

Entrée officiellement en vigueur le 1er janvier 2004, la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen –et sa mise en œuvre en France– a tout d'abord donné lieu à une consultation du Conseil d'État⁴ et à une révision constitutionnelle⁵.

³ X. De Roux, Rapport Assemblée Nationale, du 16 décembre 2002, sur « le projet de Loi constitutionnelle relatif au Mandat d'arrêt européen », n° 463, p. 11.

⁴ Avis du Conseil d'État du 26 septembre 2002, n° 368-282.

⁵ Julien Boucher, Auditeur au Conseil d'État, Le mandat d'arrêt européen et la Constitution française, Synthèse n° 84, Site Robert Schuman.

II. LES DIFFÉRENTES ÉTAPES DE L'INSERTION DE LA DÉCISION-CADRE EN DROIT FRANÇAIS

Les innovations introduites par le texte au regard des dispositions sur l'extradition ont conduit le Gouvernement à formuler une demande d'avis sur la compatibilité de la transposition de la décision-cadre avec les règles ou les principes à valeur constitutionnelle, le Conseil d'État a jugé qu'elle nécessitait, au préalable, une modification de la Constitution.

L'avis du Conseil d'État motivant une révision constitutionnelle

En France, en vertu de l'article 39 de la Constitution, le Conseil d'État est obligatoirement consulté sur les projets de loi et leur compatibilité avec la Constitution. Ainsi, il l'est également sur les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des traités ou accords énumérés à l'article 53 de la constitution. En outre, en application de l'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, le gouvernement peut aussi solliciter l'avis du Conseil d'État sur les problèmes de droit posés par un traité avant la signature de celui-ci. Dans le cadre de cette procédure il s'interroge, notamment, sur la compatibilité de l'engagement en cause avec la Constitution: il lui arrive à cette occasion de rendre des avis négatifs, au motif de la contrariété de certaines dispositions du traité en cause avec des règles ou principes de valeur constitutionnelle (comme elle l'a fait dans l'avis du 24 septembre 1996 sur la charte européenne des langues régionales ou minoritaires) ou, à l'inverse, de reconnaître la conformité du texte à la Constitution. C'est le plus souvent cette procédure qui est utilisée lorsqu'un acte de droit dérivé de l'Union européenne est en cause.

Ainsi, pour la transposition du mandat d'arrêt européen, le Conseil d'État, a été saisi pour avis par le Premier ministre sur la conformité du texte à la plupart des exigences constitutionnelles françaises, ainsi que sur l'exception du principe fondamental reconnu par les lois de la République interdisant l'extradition pour les infractions politiques. En ce qui concerne les droits fondamentaux concernant la double incrimination, la nationalité de la personne ou encore la compatibilité avec le droit d'asile, la haute Assemblée n'a relevé aucune incompatibilité. L'extradition des nationaux n'a soulevé, par exemple, aucune difficulté particulière au regard de la Constitution, dans la mesure où le Conseil d'État a refusé de voir dans cette règle un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁶. De même, la règle

⁶ Avis du 24 novembre 1994, LPA, 5 janvier 1995, note J.-M. Peyricat.

de la double incrimination, écartée par la décision-cadre pour trente-deux catégories d'infractions, n'a pas été considérée « comme l'expression d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens où l'a entendu le préambule de la Constitution de 1946 ». De même, si le Conseil d'État a considéré que la nécessité pour l'État d'émission d'apporter la preuve que l'infraction en cause était punissable en vertu de sa loi nationale répondait « à des exigences constitutionnelles », ce fut aussitôt pour préciser que la décision-cadre répondait à cette exigence, en permettant à l'État d'exécution de s'assurer que l'infraction figure sur la liste « positive » et qu'elle est punie d'au moins trois ans d'emprisonnement.

La juridiction administrative relève également que l'amnistie et la prescription constituent un motif de non-exécution du mandat d'arrêt européen, permettant ainsi de respecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il convient, en effet, de rappeler que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale, avait estimé que le fait d'arrêter et de remettre à cette juridiction une personne à raison de faits amnistiés ou prescrits constituait une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

En revanche, plus délicat a été l'examen de compatibilité avec le principe fondamental français selon lequel « l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique ». Ce principe, parfois qualifié de « clause française » avait dégagé par la Haute juridiction administrative dans l'arrêt *Moussa Koné* en 1996, à propos d'un accord d'extradition franco-malien⁷. Dans le premier temps de son examen, le Conseil d'État relève que la décision-cadre comporte un certain nombre de garanties: son article premier, alinéa 3, dispose, en effet, que son application « ne saurait avoir pour effet de modifier les droits fondamentaux et les principes fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »⁸, et le douzième considérant précise que « rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison (...) de ses opinions politiques (...) »⁹.

⁷ Voir, Arrêt d'Assemblée du 3 juillet 1996, AJDA 1996, p. 805. Voir Patrick Gaïa, « Normes constitutionnelles et normes internationales », R. F. D. A., septembre-octobre 1996, p. 885.

⁸ L'article 6 TUE dispose que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

⁹ Voir Rapport d'information n° 469 de l'Assemblée nationale du 11 décembre 2002, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen et présenté

Cependant, le Conseil d'État a également estimé que le texte qui lui était soumis portait atteinte à l'autre principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif au droit de l'extradition, selon lequel l'État « doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique » qui constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946. Les infractions politiques sont, en effet, incluses dans le champ d'application de la décision-cadre, aucune exception n'ayant été prévue à ce titre et l'article 1er, paragraphe 3, précité, ne permettant pas de l'exclure¹⁰. Ce principe, dégagé dans un avis rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 9 novembre 1995, est fondé, comme le précédent, sur l'article 5-2° de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers¹¹. La notion d'infraction politique¹² couvre toutes les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, ou plus largement toutes les infractions « qui portent atteinte à l'ordre politique, qui sont dirigées contre la constitution du gouvernement ou contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'État et la distribution des pouvoirs »¹³. Les personnes recherchées pour trahison, espionnage, atteinte aux institutions de la République, à l'intégrité du territoire national ou à la défense nationale¹⁴ peuvent ainsi bénéficier de cette exception¹⁵. La jurisprudence administrative française considère en outre que certaines infractions, tels les délits de presse¹⁶, sont *politiques par nature* à l'exclusion des actes terroristes. En effet, la France s'est inscrite depuis les années soixante-dix dans un mouvement jurisprudentiel et con-

par M. Pierre Lequiller qui indique que « l'article III (1.°) de l'Extradition Act britannique du 9 août 1870 est en effet le premier à avoir consacré ce principe (Cf. B. Genevois, « Le Conseil d'État et le droit de l'extradition », EDCE n° 34, p.29). La loi belge sur l'extradition de 1833 est la première, pour sa part, à avoir exclu l'extradition pour des infractions politiques. » Voir également: Jean-François Kriegk, « Le mandat d'arrêt européen et les projets de lutte contre le terrorisme », LPA, 22 mai 2002, n° 102, p.13.

¹⁰ En effet, même si, outre la France, la Constitution italienne (art.10) et la Constitution espagnole (art. 13) excluent l'extradition pour les infractions politiques, cette considération ne paraît pas suffisante pour estimer que ce principe fait partie des « traditions constitutionnelles des États membres » visées par l'article 6 TUE. Ces deux États ont cependant estimé qu'une révision de leur Constitution n'était pas nécessaire pour assurer la transposition de la décision-cadre.

¹¹ Avis n° 357.344, EDCE 1995, n° 45, p.395.

¹² G. Levasseur, « Le problème de l'infraction politique dans le droit de l'extradition », Clunet, 1990, p.557 s.

¹³ CA Grenoble, 13 janvier 1947, JCP, 1947, II, 3664, note Magnol. Voir également CE Sect., 9 décembre 2016, Abliazov, n° 394399 et 400239.

¹⁴ André Huet, Renée Koering-Joulin, Droit pénal international, 2e éd., PUF, 2001, n° 244.

¹⁵ Voir Jean Pradel, Le mandat d'arrêt européen, un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition, Dalloz, 2004, n° 20, p 1395.

¹⁶ Frédéric Desportes, Francis Le Gunehec, Droit pénal général, Economica, 2001, n° 156.

ventionnel de « dépolitisation » de la violence terroriste¹⁷. En droit français, les actes terroristes ne sont pas considérés comme des infractions politiques et les juridictions françaises refusent la qualification d'infraction politique pour des infractions de droit commun d'une certaine gravité, quand bien même les motivations de leurs auteurs auraient été politiques¹⁸.

Ainsi, c'est sur ces bases que le Conseil d'État a conclu qu'une modification de la Constitution était nécessaire avant la mise en œuvre en France de la décision-cadre¹⁹.

La révision constitutionnelle (Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen)²⁰

Comme le Conseil Constitutionnel dans les décisions qu'il a pu rendre au titre de l'article 54 sur le contrôle des traités internationaux avec la Constitution, le Conseil d'État s'est contenté dans son avis de relever les dispositions inconstitutionnelles de la décision-cadre, laissant au pouvoir exécutif le soin de définir les modalités de la révision. Au début des années 2000, cette révision aurait pu être l'occasion de constitutionnaliser également le principe de reconnaissance mutuelle qui constitue la pierre angulaire de l'Espace de liberté de sécurité et de justice. L'exécutif français a plutôt choisi la voie de la prudence et a retenu une formule restrictive, qui ne mentionne que les règles relatives au mandat d'arrêt européen²¹. Tout en comprenant les motifs qui ont conduit le Gouvernement à retenir cette « *présomption de conformité* » à la Constitution, on pouvait aussi s'interroger sur l'opportunité de faire figurer une référence à ce type d'acte dans la mesure où les réformes institutionnelles envisagées alors (le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe) visaient à sa sup-

¹⁷ Les articles 1er et 2 de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, signée à Strasbourg le 27 janvier 1977, ainsi que, de manière plus générale, la « clause belge » ou « clause d'attentat », inscrite dans de nombreux traités d'extradition bilatéraux. Le Conseil d'État considère en effet que certains crimes, « compte tenu » de leur gravité, ne sauraient être considérés « comme ayant un caractère politique » en dépit de leur mobile politique (CE, 7 juillet 1978, Croissant, Rec. p.292). Voir aussi Crim., 3 novembre 1999, pourvoi n° 99-80329.

¹⁸ Affaire « Cesare Batisti » (Cass. crim., 13 octobre 2004, n° 0484.470, FP+F (N° Lexbase: A6208DDDB).

¹⁹ Pierre Fauchon, Rapport du Sénat n° 126, du 15 janvier 2003, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée Nationale relatif au mandat d'arrêt européen, p. 23.

²⁰ Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen, adoptée par le Congrès le 17 mars 2003, a été promulguée le 25 mars (J. O. du 26 mars 2003).

²¹ Voir, Xavier De Roux, Député, n° 463 du 16 décembre 2002, fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°378) relatif au mandat d'arrêt européen

pression. Le président de la délégation pour l'Union européenne avait également suggéré lors de l'examen du projet de loi, un renforcement du contrôle exercé par le Conseil d'État et la mise en place, à l'échelle communautaire, d'un mécanisme d'alerte précoce en cas d'atteinte aux droits fondamentaux des États membres impliquant la saisine de la Cour de justice²².

Finalement, un article unique est venu compléter (par un alinéa supplémentaire) l'article 88-2 de la Constitution. Ce dernier, qui avait été créé lors de la révision constitutionnelle préalable à la ratification du Traité de Maastricht en 1992, ne comportait à l'origine qu'un alinéa disposant que « *Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres de la Communauté européenne* ». Puis, la loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 l'avait également modifié en proposant une nouvelle rédaction destinée à permettre la ratification du Traité d'Amsterdam²³. À cet effet, elle avait limité le premier alinéa aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire et complété l'article par un deuxième alinéa disposant que « *Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du Traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétence nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés* ». Cette formule générale permettait de prendre en compte la question du franchissement des frontières extérieures des États membres.

Le projet qui fut déposé par le Gouvernement français le 14 novembre 2003 ne contenait qu'un seul alinéa complétant l'article 88-2 de la Constitution, qui précisait que la loi fixait les règles relatives au mandat d'arrêt européen: « La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne ».

La formule retenue faisait référence à l'ensemble des règles relatives au mandat d'arrêt européen, et non uniquement à celle soulevant des difficultés constitutionnelles. Malgré les réserves exprimées par les différents rapporteurs du texte, le choix fut fait également de renvoyer à une pluralité de décisions-cadres, en validant *a priori* les modifications qui seraient ultérieurement ap-

²² Pierre Fauchon, Rapport n° 126 fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 janvier 2003, projet de loi constitutionnelle relatif au mandat d'arrêt européen, p.10.

²³ J. O. R. F n° 21 du 26 janvier 1999 p. 13.

portées au mandat d'arrêt européen²⁴. Ce « blanc-seing constitutionnel » est très rare en France. Par exemple, un choix contraire avait été fait lors de la révision constitutionnelle préalable à la ratification du traité créant la Cour pénale internationale. Le rapporteur, M Alain Vidalies, avait tenu à rappeler que la formulation retenue par le projet de loi, faisant explicitement référence au Traité signé le 18 juillet 1998, paraissait « écarter une conformité a priori des futurs amendements qui pourraient y être apportés », ajoutant que « *toute modification du Traité signé à Rome le 18 juillet 1998 [nécessiterait] donc, le cas échéant, une nouvelle révision constitutionnelle* »²⁵. Ce fut donc la première fois que le Gouvernement français choisissait de recourir à une formule élargie permettant de rendre *a priori* constitutionnelles les éventuelles modifications apportées à l'instrument juridique objet de la révision.

L'introduction du mandat d'arrêt dans le code de procédure français

Après les modifications constitutionnelles, les dispositions de la décision-cadre ont été insérées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II. L'article 6 de cette loi a eu pour objet de réécrire entièrement le titre X du livre IV du code de procédure pénale, relatif à l'entraide judiciaire internationale, afin de clarifier et simplifier les conditions de transmission et d'exécution des commissions rogatoires internationales dans les articles 694 à 694-9 du Code de procédure pénale (CPP)²⁶.

C'est le chapitre V qui codifie dans le code de procédure pénale les dispositions de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers en les modernisant et prévoit aussi les compléments législatifs permettant à la France d'appliquer entièrement les stipulations des deux conventions de l'Union européenne en matière d'extradition. C'est désormais le chapitre IV qui transposant en droit français la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les États membres de l'Union européenne dissocie cette procédure de celle de l'extradition. Cette transposition permet qu'une arrestation et une remise d'une personne puisse

²⁴ Pierre Fauchon, Rapport n° 126 (2002-2003) fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 janvier 2003, projet de loi constitutionnelle relatif au mandat d'arrêt européen, p. 16.

²⁵ CE, avis n° 368282, 26 septembre 2002, Rapport public 2003, La Documentation française, Paris, 2003, p. 192.

²⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, NOR: JUSX0300028L.

s'effectuer sur la base d'un mandat d'arrêt européen: Ce n'est donc plus l'exécutif qui décide d'extrader, c'est l'autorité judiciaire d'exécution qui décide de remettre la personne, en exécution du mandat d'arrêt. De même, la signature par le Premier ministre d'un décret d'extradition n'est plus nécessaire dans ce cadre puisqu'il s'agit d'une procédure de juge à juge. Dès lors, pour les 32 infractions listées dans la décision-cadre, le contrôle de la double incrimination est supprimé et le mandat est applicable en « *présence d'une condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou une mesure de sûreté ayant, au moins, une durée de 4 mois, une infraction pour laquelle une peine d'emprisonnement ou lorsqu'une mesure de sûreté d'un maximum supérieur à un an est prévue* ».

La loi de transposition a aussi le mérite d'introduire dans le code de procédure pénale des dispositions nécessaires à la mise en œuvre de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (articles 695 à 695-3 CPP)²⁷. Elle y consacre également l'existence d'Eurojust, qui peut être conduit à coordonner l'action des autorités des États membres de l'Union européenne chargées des enquêtes ou de l'engagement des poursuites, et définit les attributions du représentant français auprès d'Eurojust (articles 695-3 à 695-7 CPP). Le code prévoit également que les dispositions concernant le mandat d'arrêt européen soient applicables à toutes les demandes d'entraide entre la France et les autres États membres de l'Union européenne²⁸.

Il convient d'ajouter à ces dispositions, les modifications intervenues lors de la transposition de la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès²⁹, ainsi que les actes connexes adoptés en matière de procédures pénales et qui sont susceptible de s'appliquer dans le

²⁷ Cette convention consacre le principe de transmission directe des demandes d'entraide entre les autorités judiciaires de l'espace européen, prévoit la possibilité de recourir à des moyens de télécommunications pour procéder à des auditions de témoins. Elle autorise la création d'équipes communes d'enquête réunissant des agents des services de police de plusieurs États membres de l'Union européenne. Pour un commentaire exhaustif des différents articles relatifs aux articles du code, voir, Coralie Ambroise-Castérot, Jean-François Renucci, Jean-Paul Céré, Maud Léna, Code de procédure pénale 2020, annoté, 61^e édition, Dalloz, 2019.

²⁸ Voir, François Zocchetto, Rapport du Sénat n° 441 (2002-2003), fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 septembre 2003.

²⁹ Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, JOUE L 81 du 27.3.2009, p. 24-36. Transposée en France par Article 695-14 et 17 et par la loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses

cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen par la France. Il en est ainsi de la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 « relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales³⁰ » et de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, « relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales »³¹. La transposition de ces directives a été réalisée par loi n°2014-535 du 27 mai 2014 qui a modifié les articles 61, 62 et 63 du code de procédure pénale et procédé également, par anticipation, à une transposition partielle de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communi-

dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France – artículo 7.

³⁰ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et, JOUE L 280, 26.10.2010, p. 1–7, transposée en France par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France traduction dans le cadre des procédures pénales, JORF n°0181 du 6 août 2013, page 13338 et le décret n° 2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction, JORF n°0251 du 27 octobre 2013 page 17550.

³¹ Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 142, 1.6.2012, p. 1–10. Cette directive a été transposée en France par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et l'ajout à l'article 61 du code de procédure pénale d'un article 61-1. Les nouvelles dispositions du code de procédures français précisent les modalités selon lesquelles les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pourront être entendues librement sans être placées en garde à vue. Il est prévu notamment qu'elles soient informées de leur droit et puissent être assistées par un avocat. En ce qui concerne les droits des personnes gardées à vue, ils auront aussi le droit d'être informés des motifs de la garde à vue et auront accès aux mêmes pièces du dossier que l'avocat et recevront une déclaration écrite énonçant leurs droits. Par ailleurs, la loi crée des nouveaux droits au stade des poursuites et du jugement. Dans le cas où les personnes poursuivies sont citées directement ou convoquées par un officier de police judiciaire, elles pourront obtenir la copie de leur dossier dans un délai de deux mois. De même, le texte prévoit que les personnes déférées devant le procureur de la République en vue d'une comparution immédiate ou d'une convocation par procès-verbal pourront être, lors de leur présentation devant ce magistrat, immédiatement assistées par un avocat. Voir aussi de:

Circulaire du 23 mai 2014 relative à la présentation des dispositions de procédure pénale applicables le 2 juin 2014 de la loi portant transposition de la directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales / Ministère de la Justice(30/05/2014). Circulaire du 10 novembre 2016 de présentation des dispositions de la loi du 3 juin 2016 et du décret du 28 octobre 2016 transposant la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales / Ministère de la Justice (30/11/2016). Décret n° 2016-1432 du 24 octobre 2016 relatif aux conditions de consultation par les personnes détenues poursuivies en commission de discipline du dossier de la procédure et des éléments utiles à l'exercice des droits de la défense / Ministère de la Justice(24/10/2016). Circulaire du 19 décembre 2014 de présentation des dispositions applicables à compter du 1er janvier 2015 de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales / Ministère de la Justice(31/12/2014).

quer avec des tiers et avec les autorités consulaires³². Il est à noter cependant que la France n'a toujours pas transposé la directive du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales³³, bien que ce texte ait déjà, été cité par la Cour de Cassation française³⁴.

Selon l'article 695-11 CPP « le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre de l'Union européenne, appelé État membre d'émission, en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre, appelé État membre d'exécution, d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté. L'autorité judiciaire est compétente, selon les règles et sous les conditions déterminées par le présent chapitre, pour adresser aux autorités judiciaires des autres États membres de l'Union européenne ou pour exécuter sur leur demande un mandat d'arrêt européen. ». Conformément au code de procédure pénale, l'État d'émission dernier devra aussi veiller à ce que certaines exigences soient remplies La première concerne l'identité et la nationalité de la personne recherchée ainsi que la nature et la qualification juridique de l'infraction. L'article 695-13 du code de procédure pénale, tel qu'il a été modifié par l'ordonnance n°2016-1636 du 1er décembre 2016 indique qu'outre l'identité et la nationalité de la personne recherchée, le mandat d'arrêt doit contenir la désignation précise et les coordonnées complètes de l'autorité judiciaire dont il émane, l'indication de l'existence d'un jugement exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de toute autre décision judiciaire ayant la même force selon la législation de l'État membre d'émission (et entrant dans le champ d'application des articles 695-12 et 694-32); la nature et la qualification juridique de l'infraction, notamment au regard de l'article 694-32; la date, le lieu et les circonstances dans lesquels l'infraction a été commise ainsi que le degré de participation à celle-ci de la personne recherchée ainsi que la peine prononcée (s'il s'agit d'un jugement définitif) ou les peines pré-

³² Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, JOUE L 294, 6.11.2013, p. 1-12.

³³ Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 65, 11.3.2016, p. 1-11.

³⁴ Crim. 9 février 2019 n°18-83817, commentaire, J. Tricot, Europe, n°8-9 août-septembre, n°17, p.10.

vues pour l'infraction par la loi de l'État membre d'émission (ainsi que, dans la mesure du possible, les autres conséquences de l'infraction)³⁵.

III. LES CONDITIONS RELATIVES AU STATUT DE LA PERSONNE, AUX INFRACTIONS COMMISES ET AU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

Les juridictions françaises, et plus particulièrement la chambre criminelle de la Cour de cassation, respectent à la fois les dispositions de l'Union mais également les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de protection des droits fondamentaux, qui a progressivement admis des motifs de refus d'exécution basés sur des violations supposées des droits fondamentaux dans certains États membres qui permet à l'autorité judiciaire d'exécution d'écarter l'existence « d'un risque réel que la personne visée par un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exécution d'une peine privative de liberté fasse l'objet d'un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au seul motif que cette personne dispose, dans l'État membre d'émission, d'une voie de recours lui permettant de contester ses conditions de détention, bien que l'existence d'une telle voie de recours puisse être prise en compte par ladite autorité aux fins de décider de la remise de la personne concernée »³⁶.

La protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt

Dans plusieurs arrêts, la Cour de Cassation a pris en considération les motifs de refus d'exécution au motif que les éléments d'imputation réunis à l'encontre de la personne dont la remise est demandée auraient été obtenus au moyen de torture ou de traitements inhumains et dégradants mais refuse de les prendre en compte sur la base de simples allégations³⁷. Elle a aussi jugé que l'exécution peut être refusée si elle portait manifestement atteinte à la vie privée et familiale garanti par l'article par l'art 8 de la convention européenne de

³⁵ JORF n° 0085 du 9 avril 2017.

³⁶ CJUE, arrêt du 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, arrêt ML du 25 juillet 2018 C-220/18 PPU, EU: C:2018:589.

³⁷ Crim. 7 août 2013 D. actu. 24 septembre 2013, obs. Winckelmuller.

sauvegarde des droits de l'homme³⁸. De même, face à un requérant qui fait valoir que ses droits fondamentaux sont bafoués en raison de la procédure de plaider coupable, la Cour de cassation rappelle que les dispositions régissant les mandats d'arrêt européens reposent sur le principe de la confiance mutuelle entre les États membres et de reconnaissance mutuelle des décisions de justice et en conclut que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être refusée pour des motifs autres que ceux prévus par les articles 695-22 à 695-24 du Code de procédure pénale: la simple contestation de la procédure britannique qui selon le requérant est attentatoire au droit à un procès équitable ne peut constituer un motif de refus de l'exécution du mandat³⁹.

L'article 8 de la CEDH est également souvent invoqué devant les juridictions françaises, qui sont tenues de motiver leurs décisions au regard d'une possible atteintes à la vie privée et familiales⁴⁰.

La Cour de Cassation a également jugé que « sans analyser les éléments produits par la personne réclamée, tirés d'arrêtés de la Cour européenne des droits de l'homme et de documents établis par les organes du Conseil de l'Europe, qui faisaient état d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes détenues dans l'État membre d'émission en raison des conditions générales de détention, et de carences des mécanismes de contrôle des dites conditions, afin d'évaluer si ces informations, objectives et fiables, étaient précises et dûment actualisées, et si elle devait, le cas échéant, solliciter des informations supplémentaires des autorités de l'État d'émission, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision; »⁴¹.

L'émission du mandat depuis la France et la notion d'autorité judiciaire

Pour l'établissement d'un mandat d'arrêt européen, seul doit être utilisé et ne peut être modifié le formulaire type, qui figure sur le site Intranet de la direction des affaires criminelles et des grâces, dans la page de l'entraide pénale internationale. En cas de découverte de la personne recherchée dans un État membre à la suite d'une diffusion d'un mandat d'arrêt réalisée par la voie du Système d'information Schengen ou par la voie du canal Interpol, la Mission justice ou le Bureau central national Interpol avisera de cette découverte

³⁸ Crim. 5 mai 2015, n° 15-82.108, AJ pénal 2015. 611, obs. Herran.

³⁹ Crim., 2 mai 2018, n° 18-82167.

⁴⁰ Crim, 26 avril 2006, n° 06-82. 164 P: D. 2006, IR 1637. Crim, 12 avril 2016, n° 16-82.175 P: D.actu. 2 mai 2016, obs. Goetz.

⁴¹ Crim. n° 757 du 26 mars 2019 (19-81.731), FR: CCASS:2019: CR00757.

le ministère public émetteur en précisant les coordonnées de l'autorité judiciaire d'exécution et le délai dans lequel le mandat traduit devra être transmis. Le parquet fera traduire le mandat d'arrêt européen dans l'une des langues acceptées par cet État. La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le mandat d'arrêt européen, qui ne constitue qu'une modalité de coopération internationale, ne se confondait pas avec le mandat d'arrêt interne pour l'exécution duquel il a été décerné, et elle a rappelé qu'il peut être sursis à la notification d'un mandat d'arrêt lorsque, comme en l'espèce, la personne concernée est détenue pour autre cause⁴². De même, le signalement dans le Système information Schengen lorsqu'il est notifié à la personne, vaut mandat d'arrêt européen⁴³.

En cas de mandats successifs en France, elle a également jugé qu'une personne déjà appréhendée sur la base d'un mandat national peut faire l'objet d'un mandat d'arrêt européen si les raisons pour lesquelles les deux mandats ont été émis sont les mêmes. Les motivations peuvent résulter non seulement du mandat d'arrêt interne servant de fondement au mandat d'arrêt international, mais, aussi, des éléments que la chambre de l'instruction a pu valablement puiser dans les pièces de la procédure, ce qui lui permet de réparer une erreur matérielle affectant la date du mandat d'arrêt interne servant de fondement au mandat d'arrêt européen⁴⁴. Lorsqu'une personne a déjà été remise à la France pour un fait autre que celui pour lequel elle est de nouveau recherchée, le ministère public peut mettre à exécution sous la forme d'un nouveau mandat d'arrêt européen lorsque le premier avait été annulé⁴⁵.

L'émission du mandat par les autorités françaises

Un mandat d'arrêt européen peut être émis et diffusé pour tout fait répondant aux conditions de l'article 695-12, quelle que soit la date à laquelle il a été commis: « Les faits qui peuvent donner lieu à l'émission d'un mandat d'arrêt européen sont, aux termes de la loi de l'État membre d'émission, les suivants: 1° Les faits punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à un an ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue, quand la peine prononcée est égale ou supérieure à quatre mois d'emprisonnement; 2° Les faits punis d'une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée éga-

⁴² Crim., 7 novembre 2007, Bull. crim. 2007, n° 268.

⁴³ Crim. 1^{er} février 2005, n° 04-87.787 P JCP 2005. IV.2357.

⁴⁴ Crim. Décembre 2008, n° 07-87.836, 09-85.171. D.2008. AJ 417, note Léna.

⁴⁵ Crim. 10 janvier 2018, n° 17-83.974, D. actu. 30 janvier 2018, obs. Recotillet.

le ou supérieure à un an ou, lorsqu'une mesure de sûreté a été infligée, quand la durée à subir est égale ou supérieure à quatre mois de privation de liberté ». Le mandat d'arrêt européen adressé à l'autorité compétente d'un autre État membre doit être traduit dans la langue officielle ou dans une des langues officielles de l'État membre d'exécution ou dans l'une des langues officielles des institutions de l'Union européenne acceptées par cet État (article 695-14 CPP).

A priori, le ministère public émetteur devra s'assurer que le titre exécutoire est bien inscrit au Fichier des personnes recherchées avec la mention « Schengen oui » et l'une des conduites à tenir selon la nomenclature du fichier des personnes recherchées « J05 » (mandat d'arrêt d'une juridiction d'instruction), « J09 » (condamnation hors défaut), « J12 » (condamnation par défaut avec mandat d'arrêt) ou « J13 » (condamnation par itératif défaut). Le ministère public ne peut en effet émettre un mandat d'arrêt européen que sur la base d'un titre exécutoire préexistant qui pourra être soit un mandat d'arrêt décerné par une juridiction d'instruction (juge d'instruction ou chambre de l'instruction), soit un mandat d'arrêt délivré par une juridiction de jugement ou d'application des peines, soit enfin une décision de condamnation exécutoire⁴⁶.

En cas d'envoi direct, le réseau judiciaire européen peut être utilement sollicité pour identifier cette autorité. Lorsque le ministère public a été informé de l'arrestation de la personne recherchée, il adresse sans délai au ministre de la justice une copie du mandat d'arrêt transmis à l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution.

Lorsque la personne arrêtée est recherchée aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté et que, ayant été condamnée en son absence, elle demande que lui soit communiquée la décision de condamnation, le ministère public, dès qu'il est informé de cette demande, transmet une copie de la décision à l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution pour qu'elle la remette à l'intéressé.

Il est important de souligner qu'un mandat d'arrêt européen peut être émis en l'absence de mandat d'arrêt national, notamment pour l'exécution des condamnations contradictoires ou réputées contradictoires remplissant les conditions de quantum de peines. En cas de condamnations par défaut. À cette occasion le parquet émetteur pourra utilement aviser les autres juridictions françaises qui n'auraient pas émis de mandat d'arrêt européen malgré des poursuites ou une condamnation à faire exécuter afin que cette juridiction puis-

⁴⁶ Aux termes des articles 695-15, alinéa 3, et 695-26 du code de procédure pénale, un signalement dans le système d'information Schengen vaut mandat d'arrêt européen dès lors qu'il est accompagné des informations prévues à l'article 695-13 du code de procédure pénale (Crim., 5 octobre 2004, pourvoi no 04-85.383, non publié, et 1er février 2005, Bull. crim. 2005, n.° 36).

se solliciter également la remise de cette personne ou les aviser d'une éventuelle renonciation au principe de spécialité. Il est également possible de décerner un mandat d'arrêt européen lorsqu'une condamnation par défaut a été prononcée sans mandat d'arrêt national. Toutefois, lorsque la personne interpellée à l'étranger devra déclarer faire opposition en application du nouvel article 803-4 du code de procédure pénale, l'autorité émettrice indiquera immédiatement une date d'audience à l'autorité étrangère en invitant celle-ci à remettre l'intéressé en liberté s'il n'est pas détenu pour autre cause. Il conviendra alors de retirer le mandat d'arrêt européen et de supprimer les signalements Schengen et Interpol y afférents. Le ministère public devra ainsi solliciter la diffusion du mandat d'arrêt européen, au moyen de bordereaux disponibles sur le site Intranet de la direction des affaires criminelles et des grâces, dans la page de l'entraide pénale internationale, à deux destinataires possibles: La DACG (Mission justice) et au Bureau central national Interpol⁴⁷.

En cas de découverte de la personne recherchée dans un État membre à la suite d'une diffusion d'un mandat d'arrêt réalisée par la voie du système d'Information Schengen ou par la voie du canal Interpol, la Mission justice ou le Bureau Central National Interpol avisera de cette découverte le ministère public émetteur en précisant les coordonnées de l'autorité judiciaire d'exécution et le délai dans lequel le mandat traduit devra être transmis. Le parquet devra faire traduire le mandat d'arrêt européen dans l'une des langues acceptées par cet État.

La transmission devra être effectuée par tout moyen laissant une trace écrite permettant à l'autorité judiciaire d'exécution de s'assurer de l'authenticité du document transmis. Selon la législation en vigueur dans l'État requis, il pourra s'agir d'une transmission notamment par courrier, par télécopie ou par messagerie électronique de documents numérisés.

Lorsque la personne est d'ores et déjà localisée sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne, il n'apparaît pas nécessaire de procéder à la diffusion et il est procédé alors à la transmission directe par le parquet émetteur du mandat d'arrêt européen accompagné de sa traduction, selon les modalités précisées précédemment⁴⁸.

⁴⁷ À la DACG pour une demande de diffusion dans le SIS pour les États suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suède et, depuis le 1er novembre 2004 l'Irlande et le Royaume-Uni; et au BCNI exclusivement par télécopie au 01 47 25 21 97, pour une demande de diffusion via le canal Interpol pour Chypre, Malte, La Bulgarie et la Roumanie jusqu'à la mise en service du Système d'Information Schengen dans ces pays.

⁴⁸ Par arrêt du 1er septembre 2004 (Crim., 1er sept. 2004: Juris-Data n° 2004-024838; Bull. crim. 2004, n° 192), la Cour de cassation a jugé que ce délai n'est pas prévu à peine de nullité (V. dans le même sens, Crim., 28 juin 2005: Juris-Data n° 2005-029591, et, mais cette fois relativement aux délais énoncés par l'article 695-43, Crim., 14 déc. 2005, n° 05-84.551 P: Juris-Data n° 2005-029808).

La remise doit, sauf cas de force majeure ou motif légal de surseoir à celle-ci, intervenir dans le délai de dix jours suivant la date de la décision définitive de l'autorité judiciaire étrangère l'autorisant, le dépassement de ce délai pouvant conduire à la remise en liberté de la personne réclamée. Il convient de rappeler que, sauf si la personne a renoncé au principe de spécialité, cette remise n'autorise que les poursuites ou l'exécution de la peine ou des peines pour lesquelles l'autorité judiciaire étrangère a accordé la remise.

L'émission et la notion d'autorité judiciaire: le cas du parquet français

L'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584 désigne l'autorité judiciaire d'émission comme étant l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission qui est compétente pour délivrer un mandat d'arrêt européen en vertu du droit de cet État. Conformément à la décision cadre, ce sont des déclarations nationales qui visent à désigner les « autorités judiciaires d'émission » du mandat d'arrêt européen. Or, récemment, des questions préjudicielles ont portées sur cette notion d'autorité judiciaire d'exécution lorsqu'il s'agit de parquets nationaux. En France, l'article 695-16 du code de procédure pénale donne effectivement compétence au parquet pour exécuter un mandat d'arrêt national sous la forme d'un mandat d'arrêt européen. Dans un arrêt du 27 mai 2019 *O. G. et P. I* la Cour a donné des précisions sur la façon dont il convenait d'interpréter la notion « d'autorité judiciaire d'émission » d'un mandat d'arrêt européen⁴⁹. Pour elle, « l'autorité judiciaire d'émission doit pouvoir apporter à l'autorité judiciaire d'exécution l'assurance que, au regard des garanties offertes par l'ordre juridique de l'État membre d'émission, elle agit de manière indépendante dans l'exercice de ses fonctions inhérentes à l'émission d'un mandat d'arrêt européen. Cette indépendance exige qu'il existe des règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que l'autorité judiciaire d'émission ne soit pas exposée, dans le cadre de l'adoption d'une décision d'émettre un tel mandat d'arrêt, à un quelconque risque d'être soumise notamment à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif ». ⁵⁰ Puis, dans un arrêt du 12 décembre 2019, elle aura l'occasion de s'exprimer sur le parquet français afin d'examiner si son statut lui conférait une garantie d'indépendance suffisante pour émettre des mandats d'arrêt européens. En

⁴⁹ CJUE, grande ch., 27 mai 2019, OG, PI, aff. jointes, C-508/18 et C-82/19 PPU, EU: C:2019:456.

⁵⁰ CJUE, grande ch., 27 mai 2019, OG, PI, aff. jointes, C-508/18 et C-82/19 PPU, EU: C:2019:456, pt.74.

effet, sur le plan constitutionnel, l'article 64 de la Constitution garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire qui est composée des magistrats du siège et des magistrats du parquet. De plus, en vertu de l'article 30 du CPP, le ministère public français exerce ses fonctions de manière objective à l'abri de toute instruction individuelle émanant du pouvoir exécutif et conformément à l'article 31 du CPP, il doit exercer l'action publique et l'application de la loi dans le respect du principe d'impartialité. Le ministre de la Justice peut seulement adresser aux magistrats du parquet des instructions générales de politique pénale afin d'assurer la cohérence de cette politique sur l'ensemble du territoire. A priori, ces instructions générales ne sauraient pour effet d'empêcher un magistrat du parquet d'exercer son pouvoir d'appréciation au regard de l'émission d'un mandat d'arrêt européen. Pour la Cour, Leur indépendance n'est pas remise en cause par le fait qu'ils sont chargés de l'action publique, ni par le fait que le ministre de la Justice peut leur adresser des instructions générales de politique pénale. Ils disposent en effet du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge⁵¹.

Dans un second temps, la Cour a précisé l'exigence posée dans sa jurisprudence récente, selon laquelle la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen doit, lorsqu'elle est prise par une autorité qui participe à l'administration de la justice sans être une juridiction, pouvoir être soumise, dans l'État membre d'émission, à un recours juridictionnel respectant les exigences d'une protection juridictionnelle effective⁵². En l'occurrence, le système français répond à ces exigences, puisque les règles procédurales nationales permettent de constater que le caractère proportionné de la décision du parquet d'émettre un mandat d'arrêt européen peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel préalable, voire quasi concomitant à l'adoption de cette décision, mais également d'un contrôle juridictionnel ultérieur. En l'occurrence, l'émission d'un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales procède nécessairement, dans l'ordre juridique français, d'un mandat d'arrêt national décerné par une juridiction, généralement le juge d'instruction. Selon l'article 131 du CPP, si la personne recherchée est en fuite ou si elle réside hors du territoire français, le juge d'instruction, après avis du procureur de la République, peut décerner contre

⁵¹ CJUE, 12 décembre 2019, JR, YC affaires jointes C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, EU: C:2019:1077, pts 54,55,56.

⁵² CJUE, grande ch., 27 mai 2019, OG, PI, aff. jointes, C-508/18 et C-82/19 PPU, EU: C:2019:456, pt 68.

elle un mandat d'arrêt si le fait reproché comporte une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave. De plus, la décision d'émettre un mandat d'arrêt européen peut, en tant qu'acte de procédure, faire l'objet d'une action en nullité sur le fondement de l'article 170 du CPP⁵³. Une telle action, ouverte aussi longtemps que se déroule l'instruction pénale, permet aux parties à la procédure de faire respecter leurs droits. Si le mandat d'arrêt européen est émis à l'encontre d'une personne qui n'est pas encore partie à la procédure, celle-ci pourra exercer l'action en nullité après sa remise effective et sa comparution devant le juge d'instruction⁵⁴.

L'émission et les conditions relatives aux infractions

Un mandat d'arrêt européen peut être émis pour des faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins douze mois ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins quatre mois. Il existe trente-deux infractions ou catégories d'infractions qui donnent lieu à remise, sur la base d'un mandat d'arrêt européen, sans contrôle de la double incrimination des faits, lorsqu'elles sont punies dans l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans⁵⁵. Lors des travaux préparatoires de la décision cadre, le Sénat français, avait souhaité dans une résolution de décembre 2001, que soit posé le principe général de la suppression du contrôle de la double incrimination avec un nombre d'exceptions le plus limité possible⁵⁶. Ce fut finalement la solution

⁵³ Voir Crim. n°1749 du 24 juillet 2019 (19-84.068) CCASS:2019: CR01749.

⁵⁴ CJUE, 12 décembre 2019, JR, YC affaires jointes C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, EU: C:2019:1077, pts 65 à 72.

⁵⁵ Participation à une organisation criminelle; terrorisme; traite des êtres humains; exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie; trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes; corruption; fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes; blanchiment du produit du crime; faux monnayage, y compris la contrefaçon de l'euro; cybercriminalité; crimes contre l'environnement; aide à l'entrée et au séjour irréguliers; homicide volontaire, coups et blessures graves; trafic illicite d'organes et de tissus humains; enlèvement, séquestration et prise d'otages; racisme et xénophobie; vols organisés ou avec armes; trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et œuvres d'art; escroquerie; racket et extorsion de fonds; contrefaçon et piratage de produits; falsification de documents administratifs et trafic de faux; falsification de moyens de paiement; trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance; trafic illicite de matières nucléaires et radioactives; trafic de véhicules volés; viol; incendie volontaire; crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale; détournement d'avion ou de navire; sabotage.

⁵⁶ Voir, Pierre Fauchon, Rapport n° 126 (2002-2003) fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 janvier 2003, p. 16.

d'une énumération des infractions pour lesquelles le contrôle de la double incrimination sera supprimé qui fut retenu. Si ce choix peut être regretté, il faut cependant reconnaître que la liste des infractions pour lesquelles le contrôle de la double incrimination est supprimé est substantielle et comporte les crimes et délits les plus graves. Cette liste, reprise de l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre, repose en partie sur des catégories d'infractions pour lesquelles des textes d'harmonisation ont été adoptés au sein de l'Union européenne (voir par exemple la décision d'enquête européenne)⁵⁷. La plupart de ces catégories correspondent à des infractions aisément identifiables en droit interne et n'appellent donc pas de développement particulier. Cette liste ne doit donc pas être interprétée comme faisant référence à des infractions précises, mais à des catégories d'infractions relevant de la nature décrite par la liste⁵⁸.

La décision d'exécution du Mandat d'arrêt européen par la France: respect des droits fondamentaux et motifs de refus

En France le mandat d'arrêt européen s'applique, conformément à la décision cadre, aux infractions listées qui sont punies d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté au moins égale à trois ans selon la loi de l'État membre d'émission (articles 693-23 al. 2 et s. du CPP) et aux infractions punies d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois ou (en cas de condamnation) d'au moins quatre mois (article 693-23 al. 1 CPP)⁵⁹. Si les infractions en question ne sont pas considérées par l'autorité compétente de l'État membre d'émission comme des infractions relevant de l'article 2, la double incrimination peut continuer à s'appliquer⁶⁰.

⁵⁷ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOUE L 130, 1.5.2014, p. 1–36. Ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale procède à la transposition en droit interne de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, selon l'habilitation législative prévue par l'article 118 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale; Circulaire du 16 mai 2017 présentant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-1636 du 1er décembre 2016 et du décret n°2017-511 du 7 avril 2017, portant transposition de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, BOMJ n° 2017-06 du 30 juin 2017 – JUSD1714605C – Page 1/28. NOR: JUSD1714605C.

⁵⁸ Circulaire du 11 mars 2004, Direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction de la justice pénale spécialisée, Bulletin officiel du ministère de la justice, Bureau de l'entraide pénale internationale n°93, 01 janvier 31 mars 2004), p. 6.

⁵⁹ Coralie Ambroise-Castérot, Jean-François Renucci, Jean-Paul Céré, Maud Léna, Code de procédure pénale 2020, annoté, 61° édition, Dalloz, 2019, p. 3995.

⁶⁰ CJUE, arrêt de la Cour de justice du 11 janvier 2017, Grundza, C-289/15, ECLI: EU: C:2017:4, point 38.

D'une façon générale la protection des droits fondamentaux dans l'exécution d'un mandat d'arrêt européen en France est conforme aux prescriptions de la jurisprudence de la Cour de justice et en particulier celle de l'arrêt Melloni⁶¹: Si l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux prévoit que cette dernière ne porte pas atteinte aux droits de l'homme reconnus, entre autres, par les constitutions des États membres et permet que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, les autorités et juridictions nationales puissent appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, il convient que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union. En ce qui concerne le mandat d'arrêt européen, il ne faut donc pas mettre en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par ce dernier, et porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles qu'elle tend à conforter et, partant, à compromettre son effectivité. Plusieurs exemples montrent que la Cour de cassation respecte cette jurisprudence qui suppose un arbitrage qui consiste à entendre entre les arguments des requérants concernant les droits fondamentaux sans pour autant remettre en cause le principe de confiance mutuelle: « il y a lieu de considérer que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, tous les États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement les droits fondamentaux reconnus par ces derniers; en l'espèce rien ne permettait de présupposer que les autorités italiennes s'affranchiraient dans l'avenir de l'obligation de respecter l'art. 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et la chambre d'instruction n'avait pas à interroger les autorités judiciaires italiennes sur ce respect »⁶².

La transmission aux autorités françaises

Plusieurs cas peuvent aboutir à la transmission d'un mandat d'arrêt européen aux autorités françaises en vue d'une exécution du mandat. Lorsque l'autorité judiciaire étrangère connaît l'endroit où la personne recherchée se trouve sur le territoire français, elle peut adresser directement le mandat d'arrêt européen, en original ou en copie certifiée conforme, par tout moyen sûr laissant une trace écrite, au procureur général territorialement compétent qui

⁶¹ CJUE, arrêt de la Cour (grande chambre) du 26 février 2013, Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal, C-399/11, EU: C:2013:107.

⁶² Crim. 21 novembre 2018, n°18-86.101. P.actu 10 décembre 2018, obs. Ficini.

l'exécute après s'être assuré de la régularité de la requête. Cette transmission directe n'est toutefois pas une obligation, et l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission peut préférer procéder à sa diffusion.

Lorsque l'autorité judiciaire étrangère ne connaît pas l'endroit où la personne recherchée faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen se trouve, elle procédera à sa diffusion.

Si le procureur général auquel un mandat d'arrêt européen a été adressé estime qu'il n'est pas territorialement compétent pour y donner suite, il lui appartient de le transmettre sans délai au procureur général territorialement compétent et d'en informer l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission.

Les règles de diffusion et de transmission sont fixées par l'article 695-15 du code de procédure pénale et la diffusion du mandat passera par les canaux d'Interpol et de Schengen quand la personne recherchée n'est pas localisée précisément. La personne arrêtée à l'étranger en vertu d'un mandat d'arrêt européen délivré pour l'exécution d'un mandat d'arrêt émanant d'un juge d'instruction, dispose, dans l'État d'exécution, de la possibilité d'être assistée d'un avocat: en application de l'article 695-17-1 du code de procédure pénale, elle a la faculté de désigner immédiatement un avocat en France, elle peut, dès sa mise en examen, après avoir acquis la qualité de partie, accéder au dossier de la procédure et saisir la chambre de l'instruction d'une requête en annulation des pièces de celle-ci et notamment du mandat d'arrêt⁶³.

Il suffit que les renseignements relatifs aux dates et lieu de commission de l'infraction reprochée figurent dans ce signalement, alors même qu'ils ne sont pas repris dans le mandat lui-même. S'agissant de la notion de « degré de participation aux faits » de la personne concernée par le mandat d'arrêt européen, dont l'article 695-13 du code de procédure pénale précise qu'il s'agit d'un renseignement devant figurer dans le mandat lui-même, des précisions concernant la date, le lieu et les circonstances de commission de l'infraction correspondent aux exigences légales. Cependant, Dans un arrêt de juin 2007, la Cour de Cassation a particulièrement insisté sur la nécessité pour la Chambre d'instruction de procéder aux vérifications de base, notamment sur la réalité des infractions commises: « attendu que, pour refuser la remise de Soulima X, l'arrêt énonce que le mandat d'arrêt délivré par les autorités belges ne révèle aucun indice concernant les faits commis en Belgique, éventuellement imputables à la personne réclamée. Cependant « attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'il lui incombait de demander aux autorités judiciaires belges les informations complémentaires qu'elle jugeait nécessaires au regard des exi-

⁶³ Voir, Crim. n°2000 du 11 juillet 2018 (18-90.016), FR: CCASS:2018: CR02000.

gences posées par l'article 695-13 du code de procédure pénale », elle conclut que la chambre de l'instruction avait violé cet article ⁶⁴.

Cette transmission directe n'est toutefois pas une obligation, et l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission peut préférer procéder à sa diffusion. Lorsque l'autorité judiciaire étrangère ne connaît pas l'endroit où la personne recherchée faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen se trouve, elle procédera à sa diffusion. Il semble évident que lors de l'élaboration de la décision-cadre en 2002, le Système d'information Schengen (SIS) avait paru constituer le vecteur privilégié de transmission des mandats d'arrêt européens. L'article 9 de la décision-cadre prévoyait en effet qu'un signalement dans le SIS « vaut mandat d'arrêt européen en attendant la réception de l'original en bonne et due forme par l'autorité judiciaire d'exécution ». Conformément à ce dispositif, les articles 695-15, alinéa 3, et 695-26 du code de procédure pénale, prévoient qu'un signalement dans le système d'information Schengen vaut mandat d'arrêt européen dès lors qu'il est accompagné des informations prévues à l'article 695-13 du code de procédure pénale. Par ailleurs, la loi ne précise pas les modalités de la transmission et de la certification conforme du mandat d'arrêt européen. Il semble donc, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions, que celles-ci puissent intervenir sous toute forme permettant de s'assurer de son authenticité, notamment par l'intermédiaire de dispositifs de télécopie sécurisée entre les bureaux SIRENE.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a censuré l'arrêt par lequel une chambre de l'instruction avait refusé d'accorder la remise d'une personne ayant accepté sa remise, au motif que le mandat d'arrêt européen n'avait pas été établi préalablement à l'inscription du signalement dans le système d'information Schengen, dans lequel avait été simplement enregistré un « mandat d'arrêt international ».

Sur un plan pratique, lorsque l'autorité judiciaire est avisée de l'accord pour la remise définitive ou temporaire de la personne recherchée et de la possibilité de mettre à exécution le transfèrement, il appartient au ministère public français de prendre attache avec le service des transfèrements de la direction de l'administration pénitentiaire sans délai en transmettant si possible copie de la décision de l'autorité judiciaire étrangère. L'autorité judiciaire doit veiller, au cas où cette information n'aurait pas déjà été transmise, d'obtenir communication de la durée de détention effectuée à l'étranger imputable à la mise en œuvre du mandat. La diffusion dans les systèmes nationaux (FPR) et internationaux (Interpol) doit faire l'objet d'un effacement dès lors que la personne

⁶⁴ Arrêt n° 4100 du 27 juin 2007 Cour de cassation – Chambre criminelle, 07-8.957.

est remise aux autorités françaises. La radiation du signalement FPR entraîne automatiquement la radiation du signalement Schengen.

La traduction de la demande

Dans la mesure où la France n'avait pas fait de déclaration au titre de l'article 8 paragraphe 2 de la décision-cadre, le mandat d'arrêt européen adressé aux autorités judiciaires françaises devra, dans un premier temps, être accompagné d'une traduction en langue française effectuée par l'autorité qui l'a décerné. Ainsi, dans le cas où le procureur général auquel un mandat d'arrêt européen a été adressé estime qu'il n'est pas territorialement compétent pour y donner suite, il lui appartient de le transmettre sans délai au procureur général territorialement compétent et d'en informer l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission. Depuis la directive de 2009 et l'insertion des articles 695-14 et 695-26 du code de procédure pénale, la personne arrêtée en exécution d'un mandat d'arrêt européen ou son avocat sont en droit de prendre connaissance de l'original ou de la copie de cette pièce de procédure dans la langue du pays d'émission. Cependant, une irrégularité invoquée ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation si elle n'a pas été auparavant soulevée devant la chambre de l'instruction⁶⁵. À propos de la traduction du mandat d'arrêt européen, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que si une personne de nationalité française visée par un mandat et ne parlant ni ne comprenant la langue du mandat d'émission et craint que ses propos ne soient pas traduits avec exactitude au cours d'une procédure parce que la traduction en cause ayant été effectuée dans l'urgence, ce n'est pas pour autant que l'on puisse douter que la personne réclamée bénéficiera, devant les autorités judiciaires (de l'État d'émission), d'une « sureté d'interprétariat » compatible avec les exigences d'un procès équitable »⁶⁶.

La nature des infractions

Les infractions pour l'exécution du mandat d'arrêt européen sont les mêmes que pour l'émission. Elles sont visées à l'article 695-12 du Code de procédure pénale. La remise sera prononcée, si la peine encourue est d'au moins

⁶⁵ Crim., 19 avril 2005, Bull. crim. 2005, no 137.

⁶⁶ Crim., 29 octobre 2008, pourvoi no 08-86.799.

3 ans, selon la législation de l'État membre d'émission et si l'infraction retenue dans le mandat d'arrêt fait partie de la liste des 32 infractions énoncée par la décision cadre. Il est également possible pour les autorités françaises d'accepter d'exécuter un mandat d'arrêt européen, pour d'autres infractions, conformément à l'article 695-12 du Code de procédure pénale, si elles sont punies par l'État d'émission d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté d'au moins 12 mois au maximum. En cas de peine ou mesure de sûreté prononcée, la durée doit être au moins égale à 4 mois et si la condition de double incrimination est respectée.

Pour les infractions autres que celles qui figurent à l'article 2 paragraphe deux de la décision cadre, la remise peut être subordonnée à la condition que les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis constituent une infraction au regard du droit de l'État membre d'exécution en application de la règle dite de spécialité (Art. 699-6 CCP).

Dès 2006, la Cour de cassation française dans un arrêt de la chambre criminelle a admis la remise temporaire d'un membre de l'ETA aux autorités judiciaires espagnoles sans vérifier, si les faits reprochés à cet individu faisaient l'objet d'une incrimination par le Code pénal français⁶⁷. Elle a ainsi énoncé qu'une chambre de l'instruction pouvait ordonner la remise d'une personne dès lors, d'une part, que certains des faits visés dans le mandat d'arrêt européen figuraient dans la liste des catégories d'infractions visées à l'article 695-23 du code de procédure pénale de telle sorte qu'il n'y avait pas lieu de procéder au contrôle de la double incrimination et, d'autre part, qu'elle était en mesure de s'assurer que celles qui n'étaient pas visées à l'article 695-23 précité étaient incriminées en France sous des qualifications qu'elle avait pris soin de préciser⁶⁸. Lorsque la double incrimination des faits pourra être contrôlée, l'exposé des faits devra être complété pour permettre à l'État membre d'exécution d'exercer ce contrôle. En cas de jugement par défaut, et comme dans d'autres États membres l'intéressé pourra bénéficier d'un nouveau procès en France. Il sera également possible d'indiquer l'existence des photographies et des empreintes de la personne recherchée, lorsque celles-ci sont disponibles.

Dans le cadre de l'application du principe de spécialité, cause d'exclusion de la remise, la loi française autorise également la remise temporaire d'une personne. Cette pratique est rendue possible par l'article 695-39 CCP et a fait

⁶⁷ Christophe Aichantre, « La France face au mandat d'arrêt européen », In: Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel, Tours: Presses universitaires François-Rabelais, 2007, p. 265.

⁶⁸ Crim., 7 mars 2007, pourvois n.º 07-81.003 et no 07-81.004, et 29 mars 2006, pourvoi no 06-81.183.

l'objet d'une jurisprudence de la Cour de cassation qui a estimé dans un arrêt du 14 décembre 2004 que la remise temporaire d'une personne pour une année était possible dans la mesure où l'information judiciaire dont faisait l'objet cette dernière en France était achevée, et que l'interdiction de quitter le territoire national prévue par le contrôle judiciaire ne faisait pas obstacle à l'exécution du mandat d'arrêt, à la condition que la remise temporaire ne porte pas atteinte aux droits de la défense (l'avocat de la personne étant seul habilité à consulter son dossier et l'autorité judiciaire belge s'étant engagée à remettre, s'il en était besoin, l'intéressé à la disposition du juge d'instruction). Ainsi, la Cour a jugé que « dès lors que l'article 695-39 du Code de procédure pénale ne soumet pas la décision de remise temporaire de la personne recherchée et poursuivie en France à l'absence de mesure de sûreté la concernant, la chambre de l'instruction a justifié sa décision tant au regard de ce texte que de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁶⁹.

La chambre criminelle a censuré l'arrêt autorisant la remise d'un ressortissant français pour l'exécution, en Belgique, d'une peine d'emprisonnement pour, notamment, des faits qualifiés en droit belge de « défaut de déclaration de faillite » et « défaut de réponse aux convocations du curateur », qui n'apparaissent pas susceptibles de revêtir une qualification pénale en droit français⁷⁰. Elle a également cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant omis de s'expliquer sur deux des trois infractions visées dans le mandat d'arrêt européen. Cependant, dès lors que les renseignements figurant dans le mandat lui permettent de donner une qualification pénale à certains des faits imputés, la chambre criminelle peut autoriser la remise pour ceux-ci, sous des qualifications alternatives qu'elle prend soin de préciser, en limitant toutefois la remise aux seuls faits sur lesquels la chambre de l'instruction s'était expliquée et à ceux pour lesquels s'applique l'exigence de double incrimination⁷¹. Il est important de noter que, ce faisant, la chambre criminelle a autorisé la remise après avoir opéré un double contrôle: s'agissant des faits non soumis à double incrimination, car figurant au nombre des catégories d'infractions énumérées par l'article 695-23, alinéas 2 à 34, du code de procédure pénale, elle a vérifié qu'ils correspondaient effectivement à une ou plusieurs des incriminations visées. S'agissant des faits soumis à l'exigence de la double incrimination, elle les a qualifiés au regard du droit français, pour autant que les précisions figurant dans le mandat d'arrêt européen lui permettaient de le faire.

⁶⁹ Cour de cassation – Chambre criminelle Arrêt n° 7071 du 14 décembre 2004/04-86.955, Voir également Cour de cassation – Chambre criminelle Arrêt n° 7519 du 29 novembre 2006, 06-87.993

⁷⁰ Crim., 5 août 2004, Bull. crim. 2004, no 187.

⁷¹ Crim., 14 septembre 2005, Bull. crim. 2005, no 227.

Quant à la peine encourue, la chambre criminelle a jugé qu'une peine d'un à trois ans d'emprisonnement réprimant en droit espagnol le trafic illicite de stupéfiants entre dans les prévisions de l'article 695-23 du code de procédure pénale, qui prévoit l'exécution d'un mandat d'arrêt européen sans contrôle de la double incrimination dès lors, notamment, que les faits sont punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement⁷². La Cour de Cassation a également confirmé la décision d'une chambre de l'instruction qui avait fait droit à la demande de remise de l'autorité judiciaire d'un État membre en exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré au titre de faits pour lesquels une procédure d'extradition avait été engagée avant le 12 mars 2004, date d'entrée en vigueur des textes sur le mandat d'arrêt européen. Dans cet arrêt la Cour précise que dans la mesure où « les faits et leur qualification, visés par le mandat d'arrêt européen sont les mêmes que ceux qui avaient motivé en 2004, une demande d'extradition des autorités belges; par deux arrêts des 23 avril et 29 juin 2004, la chambre de l'instruction avait émis un avis favorable à l'extradition de Jean-Paul X...; la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 ne s'applique pas comme telle à l'égal d'une loi en France; elle ne s'applique que pour les dispositions retenues par le législateur national; les dispositions de l'article 32 de la décision-cadre n'ont pas été transposées dans le Code de procédure pénale et n'ont donc aucune force obligatoire; au surplus, elles autorisent la poursuite de la procédure d'extradition engagée avant le 1er janvier 2004 et ne prohibent pas la délivrance d'un mandat d'arrêt européen après une demande d'extradition en cours d'exécution; le mandat d'arrêt européen dont s'agit satisfait aux prescriptions et aux conditions énoncées par les articles 695-12, 695-13 et 695-15 du Code de procédure pénale; les faits poursuivis constituent, à les supposer établis, en Belgique comme en France, des délits; ils ne revêtent aucun caractère politique; les conditions légales d'exécution du mandat d'arrêt européen étant remplies, accord sera donné à son exécution »⁷³.

La Cour de cassation accorde une importance particulière au statut de la personne dans l'État, conformément à l'article 695-33 du code de procédure pénale qui permet aux juges de demander à l'État d'émission les informations complémentaires nécessaires sur le sort qui serait réservé à l'intéressé à l'issue de sa peine au regard notamment des dispositions tant de l'article 3 de la Con-

⁷² Crim., 26 avril 2006, Bull. crim. 2006, no 115.

⁷³ Cass. crim., 15 mars 2005: Juris-Data n° 2005-027680; Bull. crim. 2005, n° 88.

vention européenne des droits de l'homme que de la Convention de Genève du 28 juillet 1951⁷⁴.

Les motifs de refus

Les articles 695-22 et 695-24 du code de procédure pénale prévoient une liste de motifs obligatoires et facultatifs de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen par les juges français.

En outre, l'article 32 de la décision-cadre autorise les États membres à effectuer, lors de l'adoption de l'instrument, une déclaration indiquant que, en tant qu'États membres d'exécution, ils continueront à traiter selon la procédure de l'extradition les demandes relatives à des faits commis avant une date qu'ils déterminent. À l'instar de la France, deux autres États membres, l'Italie et l'Autriche ont effectué une telle déclaration.

Les refus motivés au regard de la déclaration française sur les effets temporels de la décision cadre

Les paragraphes I et II de l'article 215 de la loi en tirent les conséquences. Le premier paragraphe indique que le régime du mandat d'arrêt européen n'est pas applicable aux demandes de remise reçues par la France concernant des faits commis avant la date indiquée par notre pays lors de sa déclaration, soit le 1er novembre 1993. Il en résulte que les demandes adressées à la France et visant des faits commis avant cette date seront régies par les règles de l'extradition et peuvent entraîner un refus d'exécution. Le second paragraphe précise que le régime du mandat d'arrêt européen n'est pas non plus applicable aux demandes de remise adressées par la France à un autre État membre ayant effectué une déclaration au titre de l'article 32 précité. Pour leur part, l'Italie et l'Autriche ont souhaité exclure la mise en œuvre de la procédure du mandat d'arrêt européen pour les faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la décision-cadre (soit le 7 août 2002). Il en résulte que les demandes adressées par la France à ces deux États membres et visant des faits commis avant cette date seront régies par les règles de l'extradition. La Cour de Cassation a cepen-

⁷⁴ Arrêt n° 972 du 7 février 2007, Cour de cassation – Chambre criminelle, 07-80.162. L'intéressé, qui faisait l'objet d'une demande de la part des autorités portugaises avait fait valoir sa crainte d'être remis aux autorités judiciaires de son État d'origine (l'Iran), alors qu'il bénéficiait du statut de réfugié en France. Voir également Cour de cassation, chambre criminelle, 10 août 2016 n°16-84723.

dant estimé mandat d'arrêt européen émis en vue d'exécuter une peine unique pour des faits multiples, dont certains commis avant le 1er novembre 1993, peut néanmoins recevoir exécution dès lors que l'un au moins des faits concernés a été commis postérieurement à la date du 1er novembre 1993⁷⁵. Dans cette affaire, la personne concernée avait été interpellée en vertu d'un mandat d'arrêt décerné par les autorités judiciaires de Belgique, pour l'exécution d'une peine de huit ans d'emprisonnement prononcée pour des faits, notamment, d'association de malfaiteurs commis entre le 1er janvier 1992 et le 1er septembre 1994, et de vols avec arme et prise d'otage, commis les 19 décembre 1992, 28 mai et 10 novembre 1993. Pour refuser l'exécution de ce mandat, la chambre de l'instruction avait considéré que les faits avaient été, pour partie, commis avant la date du 1er novembre 1993 et que la peine prononcée pour l'ensemble de ceux-ci était indivisible. Pour censurer cette décision, la chambre criminelle, après avoir relevé que la peine prononcée entrait dans les prévisions de l'article 695-12 du code de procédure pénale, a énoncé qu'il suffisait qu'elle s'applique à l'un des faits commis postérieurement à la date du 1er novembre 1993. Selon la Cour de Cassation, la chambre de l'instruction avait méconnu le sens de l'article 695-12 du Code de procédure pénale en refusant la remise⁷⁶. La chambre criminelle de la Cour de cassation a en outre jugé que les dispositions relatives au mandat d'arrêt européen, qui ne constituent pas des lois relatives au régime d'exécution des peines au sens de l'article 112-2, 3° du Code pénal, s'appliquaient aux faits commis à compter du 1er novembre 1993. Elle a donc cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait refusé l'exécution d'un mandat d'arrêt européen au motif que le nouveau régime d'exécution des peines résultant de l'entrée en vigueur des dispositions relatives au mandat d'arrêt européen avait eu pour effet, en l'espèce, d'aggraver le sort de l'intéressé (en ne lui permettant pas de demander une confusion de peines) et ne pouvait donc, conformément à l'article 112-2, 3° du Code pénal, être appliqué qu'aux condamnations prononcées pour des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004⁷⁷.

La chambre criminelle a réaffirmé ce principe et ajouté que les dispositions relatives au mandat d'arrêt européen n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme qui stipule au premier alinéa que « Nul ne peut être condamné pour une action

⁷⁵ Crim., 21 sept. 2004, Bull. crim. 2004, no 217.

⁷⁶ Cass. crim., 21 septembre 2004: Juris-Data n° 2004-025063; Bull. crim. 2004, n° 217.

⁷⁷ Cass. crim., 5 août 2004: Juris-Data n° 2004-026779; Bull. crim. 2004, n° 186). Aux termes d'un arrêt du 23 novembre 2004 (Cass. crim., 23 nov. 2004: Juris-Data n° 2004-026045; Bull. crim. 2004, n° 293).

ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise »⁷⁸. Elle a jugé également que le principe de réciprocité ne s'opposait pas à l'exécution en France d'un mandat d'arrêt européen émis par l'Italie pour des faits postérieurs au 1er novembre 1993, peu important que la loi italienne limite l'exécution d'un tel mandat par ce pays aux infractions commises postérieurement au 7 août 2002, dès lors que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne peut être refusée dans d'autres cas que ceux limitativement prévus par les articles 695-22 à 695-24 du code de procédure pénale⁷⁹.

Les conséquences du Brexit durant la période de transition

En ce qui concerne le Brexit, la Cour de justice s'est exprimée dans un arrêt sur le fait que la notification, par le Royaume-Uni, de son intention de se retirer de l'Union n'avait pas pour conséquence que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis par cet État membre puisse être refusée ou différée pour un motif non prévu par la décision cadre. À charge pour l'autorité judiciaire d'exécution d'examiner s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'après le retrait de l'Union de l'État membre d'émission, la personne risquerait d'être privée de ses droits fondamentaux. La Cour de cassation avait anticipé cette réponse dans un arrêt de la même année et applique donc depuis la jurisprudence de la Cour jusqu'à la fin au moins de la période de transition⁸⁰. De plus, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a fait elle-même application

⁷⁸ Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par le Protocole n° 11, Rome, 4. XI.1950. Le texte de la Convention avait été amendé conformément aux dispositions du Protocole n°3 (STE n° 45), entré en vigueur le 21 septembre 1970, du Protocole n° 5 (STE n° 55), entré en vigueur le 20 décembre 1971, et du Protocole n°8 (STE n° 118), entré en vigueur le 1er janvier 1990, et comprenait en outre le texte du Protocole n°2 (STE n° 44) qui, conformément à son article 5, paragraphe 3, avait fait partie intégrante de la Convention depuis son entrée en vigueur le 21 septembre 1970. Toutes les dispositions qui avaient été amendées ou ajoutées par ces Protocoles sont remplacées par le Protocole n°11 (STE n° 155), à compter de la date de son entrée en vigueur le 1er novembre 1998. À compter de cette date, le Protocole n°9 (STE n° 140), entré en vigueur le 1er octobre 1994, est abrogé et le Protocole n° 10 (STE n° 146) est devenu sans objet. Site du Conseil de l'Europe, STE 005.

⁷⁹ Sur le caractère limitatif des conditions de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen, en application des articles 695-22 à 695-24 du code de procédure pénale, à rapprocher: Crim., 8 août 2007, pourvois n° 07-84.620 et 07-84.621, Bull. crim. 2007, n° 189 (cassation), ainsi que Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris du 27 mai 2015.

⁸⁰ CJUE, arrêt RO 19 décembre 2018, C-327/18 PPU. Cour de Cassation, Crim, 2 mai 2018, n° 18-82.167.

de la jurisprudence de la Cour de justice sur la notion d'indépendance du Parquet en reconnaissant l'indépendance du parquet Croate⁸¹.

Les motifs obligatoires de refus

L'exécution d'un mandat d'arrêt européen est refusée si les faits pour lesquels il a été émis pouvaient être poursuivis et jugés par les juridictions françaises et que l'action publique est éteinte par l'amnistie; si la personne recherchée a fait l'objet, par les autorités judiciaires françaises ou par celles d'un autre État membre que l'État d'émission ou par celles d'un État tiers, d'une décision définitive pour les mêmes faits que ceux faisant l'objet du mandat d'arrêt européen à condition, en cas de condamnation, que la peine ait été exécutée ou soit en cours d'exécution ou ne puisse plus être ramenée à exécution selon les lois de l'État de condamnation (principe non bis idem)⁸². De même, l'exécution est refusée si la personne recherchée était âgée de moins de treize ans au moment des faits faisant l'objet du mandat d'arrêt européen; si les faits pour lesquels il a été émis pouvaient être poursuivis et jugés par les juridictions françaises et que la prescription de l'action publique ou de la peine se trouve acquise. L'article prévoit également le cas où le mandat d'arrêt aurait été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle ou identité de genre.

Enfin, il faut ajouter à ces motifs la condition relative à l'infraction et la qualification des faits déjà évoquée. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, si l'exécution est de nature à porter atteinte aux droits et principes précités, les juges nationaux peuvent refuser de l'exécuter ou à tout le moins en conditionner l'exécution pour ce motif⁸³.

En principe, une personne qui a été remise ne peut être poursuivie, condamnée ou privée de liberté pour une infraction commise avant sa remise autre que celle qui a motivé cette dernière. Cette règle selon laquelle, « une personne

⁸¹ Crim. n°2 du 7 janvier 2020 (19-87.741)– FR: CCASS:2020: CR00002

⁸² Crim. n°16-84723, 10 août 2016.

⁸³ Crim., 28 févr. 2012, n° 12-80.744, AJ pénal 2012. 425, obs. J. Lasserre Capdeville. Crim.; Crim., 28 novembre 2012, n° 12-87.045, inédit; Crim., 16 octobre 2012, n° 12-86.348; Crim., 8 août 2012, n° 12-84.636, inédit; Crim., 2 mai 2012, n° 12-82.452, inédit; Crim., 29 février 2012, n° 12-81.030, inédit; Crim., 14 février 2012, n° 12-80.388, inédit; Crim., 7 février 2012, n° 12-80.174; Crim., 25 juillet 2012, n° 12-84.531, inédit; Crim., 4 septembre 2012, n° 12-85.418; Crim., 24 janvier 2012, n° 11-89.177, Bull. crim. n° 21.

extradée ne peut être poursuivie par l'État requérant pour une infraction commise avant son extradition/sa remise autre que celles pour lesquelles l'extradition a été accordée » est consacrée à l'article 27 de la décision-cadre, et fait l'objet de quelques exceptions listées au paragraphe 3 de cet article. Comme l'ont fait, traditionnellement, la plupart des conventions relatives à l'extradition, le texte définit les conditions pratiques dans lesquelles il convient d'appliquer ce principe. Il le fait en décrivant les cas où le principe de la spécialité ne s'applique pas a priori (la personne remise ne peut être poursuivie que pour les délits explicitement mentionnés dans la demande) et que le pays demandeur n'est plus lié par la qualification donnée dans le mandat. Cependant la personne peut cependant soulever un motif de non-exécution de la remise si ce principe n'est pas respecté.

Dans cette perspective, le procureur est fondé, lorsque la personne refuse à consentir à sa remise à demander des explications supplémentaires aux autorités judiciaires compétentes de l'État d'émission du mandat en application de l'article 695-13 CCP⁸⁴. En outre, l'article 695-32 précise que « l'exécution du mandat d'arrêt européen peut être subordonnée à la vérification que la personne recherchée peut: 1.° Former opposition au jugement rendu en son absence et être jugée en étant présente, lorsqu'elle n'a pas été citée à personne ni informée de la date et du lieu de l'audience relative aux faits faisant l'objet du mandat d'arrêt européen; 2.° Être renvoyée en France, lorsqu'elle en est ressortissante, pour y effectuer la peine éventuellement prononcée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission pour les faits faisant l'objet du mandat d'arrêt européen. ». Le deuxième alinéa de cet article a fait l'objet d'une interprétation de la Cour de Cassation, en 2007, qui a jugé que seuls les ressortissants français pouvaient être bénéficiaires de cette disposition, et ce, à la condition que les autorités françaises compétentes s'engagent à faire procéder elles-mêmes à l'exécution de la peine⁸⁵.

Par un arrêt du 26 avril 2006, la Cour de cassation a également censuré un arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour refuser la remise d'une personne réclamée aux fins de poursuites, se fondait sur les dispositions de l'article 695-22, alinéa 4, du code de procédure pénale sans constater que la prescription de l'action publique était acquise au regard de la législation française⁸⁶.

⁸⁴ Cour de cassation – Chambre criminelle, Arrêt n° 3386 du 8 juin 2005, 05-82.800. Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 juin 2018, 18-82953.

⁸⁵ Arrêt n° 972 du 7 février 2007, Cour de cassation – Chambre criminelle, 07-80.162. On l'a vu, dans cet arrêt la Cour a cependant cassé l'arrêt de la Chambre d'instruction au motif que la personne en cause bénéficiait du statut de réfugié en France.

⁸⁶ Crim., 26 avril 2006, Bull. crim. 2006, no 115.

Dans une affaire rendue le 13 juillet 2006, le requérant soutenait que la chambre de l'instruction n'avait pas donné de base légale à sa décision de remise en se référant aux règles du droit pénal autrichien relatives à la prescription, dès lors que les dispositions de l'article 695-22, alinéa 4, du code de procédure pénale n'y faisait pas référence. Pour la chambre criminelle, les conditions implicites d'application du mandat impliquaient que, pour être régulière, la décision judiciaire devait simplement s'assurer que la prescription n'était pas acquise au regard du droit de l'État requérant⁸⁷. Puis, par un arrêt du 29 novembre 2006, la chambre criminelle a précisé que conformément à l'article 695-22, alinéa 4, du code de procédure pénale, l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée lorsque la prescription de l'action publique ou celle de la peine se trouvent acquises au regard de la loi française, mais seulement si les juridictions françaises étaient compétentes en application de l'article 689 du même code, c'est-à-dire en vertu d'une disposition légale interne (notamment l'article 113-6 du code pénal exigeant la réciprocité d'incrimination)⁸⁸.

Il va également de soi, bien que la loi ne le précise pas, qu'à partir du moment où un motif de refus obligatoire s'impose à l'évidence, le procureur général n'a pas l'obligation de placer la personne recherchée en détention. Il devra toutefois saisir la chambre de l'instruction de la procédure pour qu'une décision au fond puisse intervenir. Le procureur général avisera donc sans délai la direction des affaires criminelles et des grâces (sous-direction de la législation pénale et spécialisée/bureau de l'entraide pénale internationale) du placement sous écrou ou de la remise en liberté de la personne recherchée et lui adresse une copie du mandat d'arrêt européen. Il saisira immédiatement la chambre de l'instruction de la procédure et avisera par tout moyen la personne réclamée et son avocat de la date d'audience. Dans ce cas, les délais prévus par l'article 197 du code de procédure pénale ne sont pas applicables.

Les motifs facultatifs de refus

L'exécution peut être refusée selon l'article 695-24, si, pour les faits faisant l'objet du mandat d'arrêt, la personne recherchée fait l'objet de poursuites devant les juridictions françaises ou si celles-ci ont décidé de ne pas engager les poursuites ou d'y mettre fin; si la personne recherchée pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté est de nationalité

⁸⁷ Crim. 13 juillet 2006, pourvoi no 06-84.256.

⁸⁸ Crim., 29 novembre 2006, Bull. crim. 2006, no 303.

française ou réside régulièrement de façon ininterrompue depuis au moins cinq ans sur le territoire national et que la décision de condamnation est exécutoire sur le territoire français en application de l'article 728-31; Si les faits pour lesquels il a été émis ont été commis, en tout ou en partie, sur le territoire français; ou encore si l'infraction a été commise hors du territoire de l'État membre d'émission et que la loi française n'autorise pas la poursuite de l'infraction lorsqu'elle est commise hors du territoire national.

S'agissant de faits commis, pour certains d'entre eux, sur le territoire français, cette circonstance constitue, lorsque le mandat d'arrêt européen est émis en vue de l'exercice de poursuites pénales, un motif facultatif de refus d'exécution que la Cour de cassation a déjà validé⁸⁹. Elle a estimé qu'il s'agissait d'un motif suffisant pour refuser d'accorder la remise, sans qu'il soit nécessaire, comme l'avait retenu la chambre de l'instruction de prendre en considération la nature des faits en cause ou la nationalité des personnes concernées⁹⁰. De même elle a jugé que l'article 695-24, 2° CPP était violé par une cour d'appel qui avait refusé la remise d'un étranger qui, se trouvant en France depuis cinq ans, n'y résidait régulièrement que depuis un an, alors que la remise ne peut être refusée, pour l'exécution d'une peine privative de liberté, que si la personne recherchée résidait *régulièrement et de façon ininterrompue depuis au moins cinq ans sur le territoire national*.⁹¹

IV. LES CONDITIONS RELATIVES AU RESPECT DE LA PROCÉDURE ET DES DROITS PROCÉDURAUX

Dûment saisi de la demande, le procureur devra, en premier lieu, obtenir la désignation précise et les coordonnées complètes de l'autorité judiciaire dont il émane. Il vérifiera aussi que le mandat comporte des indications sur l'existence d'un jugement exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de toute autre décision judiciaire ayant la même force selon la législation de l'État membre d'émission, afin que ce dernier entre dans le champ d'application des articles 695-12 et 695-23 CPP.

Ni l'article 8 de la décision-cadre ni l'article 695-13 n'exigent la production, par l'autorité judiciaire d'émission, de l'original ou d'une copie certifiée

⁸⁹ Article 695-24 (inséré par Loi n.° 2004-204 du 9 mars 2004 artículo 17 I Journal Officiel du 10 mars 2004). Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 janvier 2017, 16-86.333.

⁹⁰ Crim., 8 juillet 2004, Bull. crim. 2004, no 181, et pourvois no 04-82.663 et no 04-82.664.

⁹¹ Crim. 5 Septembre 2018 (18-84.762) – Cour de cassation – Chambre criminelle – FR: CCASS:2018: CR02149.

conforme de la décision de condamnation sur la base de laquelle le mandat d'arrêt européen a été émis. Il suffit que le mandat d'arrêt européen mentionne l'indication d'une décision de justice exécutoire dont les références figurent dans le mandat⁹². Il devra également obtenir des renseignements suffisamment précis sur la date, le lieu et les circonstances dans lesquels l'infraction a été commise ainsi que le degré de participation à celle-ci de la personne recherchée. De la peine prononcée doit être indiquée par les autorités d'émission, qui doit préciser s'il s'agit d'un jugement définitif, les peines prévues pour l'infraction par la loi de l'État membre d'émission ainsi que, dans la mesure du possible, les autres conséquences de l'infraction.

Une décision de remise est justifiée si elle est rendue par la chambre de l'instruction dès lors qu'il n'existe aucune incertitude sur l'existence de la décision judiciaire servant de support au mandat d'arrêt européen et que les précisions exigées par l'article 695-13 du code de procédure pénale concernant les date, lieu et circonstances des infractions reprochées ainsi que le degré de participation de la personne concernée à celles-ci figurent bien dans un document annexé au mandat lui-même⁹³.

Les droits relatifs à la remise de la personne

En France, l'article 696-22 du code de procédure pénale permet de rechercher et d'arrêter l'intéressé et fixe à sept jours à compter de son arrestation le délai pour remettre la personne à l'État requérant.

La personne interpellée au titre d'une demande d'extradition ou à la suite d'une demande d'arrestation provisoire, bénéficie d'un certain nombre de droits. Il s'agira avant tout des droits du code de procédure pénale relatifs à la garde à vue, c'est à dire notamment du droit d'être informée par un officier de police judiciaire de la nature de l'infraction qui lui est reprochée, de faire prévenir un membre de sa famille, d'être examinée par un médecin et de s'entretenir avec un avocat dès le début de son arrestation.

La personne appréhendée en exécution d'un mandat d'arrêt européen doit être conduite dans les quarante-huit heures de son arrestation devant le procureur général territorialement compétent. Dès cet instant, la personne bénéficie des droits des articles 63-1 à 63-5 du code de procédure pénale relatifs

⁹² Crim., 24 novembre 2004, Bull. crim. 2004, no 299.

⁹³ Crim., 30 mars 2005, Bull. crim. 2005, n° 108. Voir également, Crim., 31 mars 2005, Bull. crim. 2005, no 115, ainsi que Crim. 8 juillet 2015, n°15-83428, Bull. crim. 2015, n° 179.

à la garde à vue, soit notamment du droit d'être informé par un officier de police judiciaire de la nature de l'infraction qui lui est reprochée, de faire prévenir un membre de sa famille, d'être examiné par un médecin et de s'entretenir avec un avocat dès son arrestation. Durant cette période, il appartient au procureur général de veiller au bon déroulement de cette mesure. La chambre criminelle s'est prononcée sur cette obligation dans un arrêt du 24 mai 2017. Selon elle, l'omission de la transmission de la demande relative à l'assistance d'un avocat dans l'État d'émission par l'autorité judiciaire de l'État d'exécution porte nécessairement atteinte aux droits de la défense⁹⁴. Dans le cadre d'une jurisprudence constante, et avant même la transposition de la directive sur les droits de la défense dans le cadre de l'exécution du mandat d'arrêt européen, la chambre criminelle a rappelé qu'une personne recherchée aux fins d'exécution d'un mandat d'arrêt européen doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense devant la chambre de l'instruction, c'est-à-dire être assistée d'un avocat au moment de son interrogatoire par le procureur général, et suffisamment tôt pour pouvoir préparer sa défense⁹⁵.

Le procureur général, après avoir vérifié l'identité de la personne recherchée, l'informe dans une langue qu'elle comprend, de l'existence et du contenu du mandat d'arrêt européen dont elle fait l'objet au vu des informations dont il dispose, soit sur le fondement du mandat d'arrêt européen reçu, soit sur celui du signalement Schengen (formulaires SIRENE) ou des formulaires Interpol. Il lui appartient ensuite d'informer la personne visée de sa faculté de consentir ou de s'opposer à sa remise ainsi que des conséquences juridiques résultant de ce consentement. Il l'informe également qu'elle peut renoncer à la règle de la spécialité et des conséquences juridiques de cette renonciation. Dès sa présentation à ce dernier, la personne doit pouvoir s'exprimer sur sa volonté, et peut bénéficier de l'assistance de son conseil qui doit pouvoir s'entretenir immédiatement avec elle⁹⁶. Le procureur général doit donc lui transmettre deux informations très importantes: d'une part sur le fait qu'elle peut consentir ou s'opposer à sa remise ainsi que sur les conséquences juridiques de ce consentement ou de cette opposition et, d'autre part, sur la possibilité de renonciation ou non à la règle de la spécialité, et des conséquences de ce choix (CPP, artículo 695-27, al. 5)⁹⁷.

⁹⁴ Crim. 24 mai 2017 n° 17-82.655, Dalloz actualité, 6 juin 2017, obs. D. Goetz.

⁹⁵ Crim., 12 mars 2008, n° 08-81.178, RSC 2008. 923, obs. R. Finielz.

⁹⁶ CPP, artículo 695-27, al. 2, in fine (inséré par Loi n.° 2004-204 du 9 mars 2004 artículo 17 I Journal Officiel du 10 mars 2004).

⁹⁷ Article 695-27 (inséré par Loi n.° 2004-204 du 9 mars 2004 artículo 17 I Journal Officiel du 10 mars 2004)

Enfin, sauf s'il estime que la représentation de la personne à tous les actes de la procédure est suffisamment garantie, il ordonne son incarcération à la maison d'arrêt du siège de la cour d'appel (CPP, artículo 695-28, al. 1er)⁹⁸. D'une façon générale, en matière d'extradition, le Conseil constitutionnel a souligné que les dispositions relatives à l'extradition n'étaient pas inconstitutionnelles dès lors que « la personne pouvait solliciter à tout instant de la procédure sa mise en liberté devant la chambre de l'instruction et dans la mesure où l'autorité judiciaire contrôlait à cette occasion, le caractère raisonnable de la durée d'incarcération au regard de la procédure suivie en France⁹⁹. La Cour de Cassation a jugé que conformément à cette jurisprudence et à celle de la Cour de justice l'Union européenne, il appartient à l'autorité judiciaire de l'État requis de concilier l'obligation de remettre la personne recherchée à l'État requérant avec la nécessité de veiller à ce que la durée de sa détention ne présente pas un caractère excessif au regard du temps indispensable à l'exécution de ce mandat menée de manière suffisamment diligente¹⁰⁰. Si le procureur général ne place pas la personne sous écrou, il doit en aviser immédiatement la direction des affaires criminelles et des grâces – mission justice du bureau de l'entraide pénale internationale afin que la personne ne soit pas de nouveau arrêtée sur la base des signalements qui ont motivé son arrestation.

Toute personne appréhendée en exécution d'un mandat d'arrêt européen doit être conduite dans les quarante-huit heures devant le procureur général territorialement compétent. Pendant ce délai, les dispositions des articles 63-1 à 63-5 sont applicables. Après avoir vérifié l'identité de cette personne, le procureur général l'informe, dans une langue qu'elle comprend, de l'existence et du contenu du mandat d'arrêt européen dont elle fait l'objet. Il l'avise également qu'elle peut être assistée par un avocat de son choix ou, à défaut, par un avocat commis d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats, informé sans délai et par tout moyen. Il l'avise de même qu'elle peut s'entretenir immédiatement avec l'avocat désigné.

Mention de ces informations est faite, à peine de nullité de la procédure, au procès-verbal.

L'avocat peut consulter sur-le-champ le dossier et communiquer librement avec la personne recherchée.

Le procureur général informe ensuite la personne recherchée de sa faculté de consentir ou de s'opposer à sa remise à l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission et des conséquences juridiques résultant de ce consentement. Il l'informe également qu'elle peut renoncer à la règle de la spécialité et des conséquences juridiques de cette renonciation.

⁹⁸ Article 695-28 (inséré par Loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004 artículo 17 I Journal Officiel du 10 mars 2004)

Le procureur général ordonne l'incarcération de la personne recherchée à la maison d'arrêt du siège de la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été appréhendée, à moins qu'il n'estime que sa représentation à tous les actes de la procédure ne soit suffisamment garantie. Il en avise sans délai le ministre de la justice et lui adresse une copie du mandat d'arrêt.

⁹⁹ Cons. const. 9 sept. 2016, n.º 2016-561/562 QPC, D. 2016. 1757; Constitutions 2016. 536, chron.; 9 déc. 2016, n.º 2016-602 QPC, D. 2016. 2521; Constitutions 2016. 722, chron.

¹⁰⁰ CJUE arrêt du 16 juillet 2015, Lanigan, C-237/15PPU. Cour de cassation chambre criminelle, 17 octobre 2017 n.º de pourvoi: 17-84667. Voir aussi, W. Azoulay, « Exécution d'un mandat d'arrêt européen: différer et détenir », 6 novembre 2017, Dalloz actualité.

L'article 695-28 du code de procédure pénale reconnaît aussi au procureur général la possibilité de placer sous contrôle judiciaire la personne recherchée en ordonnant une des mesures prévues à l'article 138 du même code lors de la présentation de la personne recherchée. Cette décision doit être notifiée verbalement à la personne et mentionnée au procès-verbal dont une copie lui est remise sur-le-champ. Elle est susceptible de recours devant la chambre de l'instruction, qui doit statuer au plus tard lors de la comparution de la personne devant elle en application de l'article 695-29 du code de procédure pénale¹⁰¹.

Dans ce cas, l'article 695-32 prévoit que « lorsque la personne recherchée est de nationalité française ou réside régulièrement sur le territoire national de façon ininterrompue depuis au moins cinq ans, l'exécution du mandat d'arrêt européen peut être subordonnée à la vérification qu'elle peut être renvoyée en France pour y effectuer la peine qui sera éventuellement prononcée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission pour les faits faisant l'objet du mandat ».

L'article 695-16 du code de procédure pénale permet aussi au ministère public la faculté d'émettre un mandat d'arrêt européen sur le fondement d'un mandat d'amener émis par une juridiction de jugement, d'instruction ou d'application des peines, lorsqu'une personne a déjà été remise à la France et qu'elle fait l'objet d'une demande d'extension de remise pour d'autres faits.

Pour la Cour de cassation, la procédure d'exécution d'un mandat d'arrêt européen n'implique pas que les juridictions françaises compétentes doivent recueillir des éléments d'accusation à l'égard de la personne concernée. Les auditions des personnes recherchées dans le cadre de ces procédures et pratiquées devant la chambre de l'instruction ne visent par conséquent qu'à constater l'identité des personnes, à recevoir leurs observations sur la procédure dont elles font l'objet, et de leur permettre de consentir ou non à leur remise. Le but de l'audition n'est donc en aucun cas de soumettre ces personnes à un interrogatoire sur les faits objet de la procédure. Dès lors, l'absence de notification du droit de se taire n'est pas contraire aux droits de la défense, et notamment au droit de la personne de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Elle n'est pas davantage contraire au principe d'égalité¹⁰².

Dans cette hypothèse, l'article 695-36 du code de procédure pénale, en ce qu'il organise les modalités de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'un individu qui se dérobe aux obligations du contrôle judiciaire ou entend

¹⁰¹ Bulletin officiel de la Cour de Cassation, Circulaire du 13 juillet 2009 présentant les dispositions de la loi du 12 mai 2009 en matière d'entraide pénale internationale, 30 août 2009, n° R: JUSD0912717C.

¹⁰² Cass. crim., 6 janvier 2015, n° 14-87.893 – 21 janvier 2015, n° 14-87.380, n° 14-87.042 et n° 14-87.377. Commentaire: Évelyne Bonis-Garçon et Virginie Peltier – Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 48 – juin 2015 – P. 187.

manifestement se dérober à l'exécution du mandat d'arrêt européen, est applicable à la personne recherchée laissée en liberté ou placée sous contrôle judiciaire. Dans un arrêt du 8 juillet 2004, la Cour de cassation a jugé régulier le refus de remise prononcé par la Chambre d'instruction à propos d'une personne ayant été interpellée en vertu d'un mandat d'arrêt européen, délivré 2004 par un juge espagnol, pour l'exercice de poursuites pénales du chef d'intégration dans une organisation terroriste et qui avait refusé de consentir à être remis aux autorités judiciaires espagnoles en raison du fait qu'une partie de ces faits se serait déroulée sur le territoire français¹⁰³.

La procédure devant la chambre de l'instruction

Les articles 695-29 à 695-36 du code de procédure pénale précisent les conditions du déroulement de l'audience devant la chambre de l'instruction. Cette dernière doit avoir lieu dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date de présentation de l'intéressé devant le procureur général. L'audience est publique, sauf décision contraire de la chambre de l'instruction. La chambre de l'instruction peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, autoriser l'État membre d'émission à intervenir à l'audience par l'intermédiaire d'une personne habilitée par lui à cette fin. Cette absence de recours a motivé de la part du Conseil Constitutionnel français, une question préjudicielle en interprétation (posée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité). En effet, le Conseil constitutionnel avait été saisi le 27 février 2013 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Jeremy F. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale. Dans leur analyse de la question, les membres du Conseil ont rappelé tout d'abord que l'article 88-2 de la Constitution disposant que la loi fixait les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne, il était nécessaire, avant de se prononcer de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle afin de savoir si le texte français était compatible avec l'obligation prévue aux articles 27, paragraphe 4 et 28, paragraphe 3, c), de la décision-cadre. Le requérant soutenait en effet que l'absence de recours contre la décision de la chambre de l'instruction portait atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif. Dans l'arrêt rendu en réponse, la Cour a admis que les

¹⁰³ Cour de cassation – chambre criminelle Arrêt n° 4350 du 8 juillet 2004, site de la Cour de Cassation, 04-83.662.

dispositions de la décision-cadre ne s'opposaient pas « à ce que les États membres prévoient un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, afin de donner son consentement soit pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé cette remise, soit pour la remise d'une personne à un État membre autre que l'État membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant ladite remise, pour autant que la décision définitive est adoptée dans les délais visés à l'article 17 de la même décision-cadre ». ¹⁰⁴ Au regard de cet arrêt, le Conseil constitutionnel a pu déduire, dans la décision qu'il a adoptée pour répondre à la QPC qu'en prévoyant que la décision de la chambre de l'instruction était rendue « sans recours », le quatrième alinéa de l'article 695-46 du CPP constituait une restriction injustifiée au droit à exercer un recours juridictionnel effectif, et, partant, était contraire à la constitution. Cette déclaration d'inconstitutionnalité a pris effet à compter de la publication de la décision du Conseil, est applicable à tous les pourvois en cassation en cours à cette date ¹⁰⁵.

Deux situations sont à considérer selon que, lors de sa comparution devant la chambre de l'instruction, la personne recherchée déclare consentir ou non à sa remise:

¹⁰⁴ Arrêt CJUE (deuxième chambre) du 30 mai 2013, Jeremy F. contre Premier ministre, Affaire C-168/13 PPU, ECLI: EU: C:2013:358.

¹⁰⁵ Pour le commentaire en France de ces deux décisions, voir Agnès Roblot-Troizier: « Renvoi préjudiciel sur renvoi prioritaire: le droit au recours théâtre d'une collaboration inédite entre juges constitutionnel et européen », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 41 – Chronique de jurisprudence constitutionnelle – octobre 2013; Labayle H., Mehdi R., « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *Revue française de droit administratif* 2013, n° 3, p. 461. Voir également Debré J.-L., « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *Europe* n° 7, juillet 2013, entretien 1, avec. Simon D.; et Simon D., « Il y a toujours une première fois ». À propos de la décision 2013-314 du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe* n° 5, mai 2013, étude 5. Benlolo-Carabot M., « Mandat d'arrêt européen (Décision-cadre n° 2002/584/JAI du Conseil): Première question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la CJUE », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 mai 2013; Gautier M., « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA* 2013, p. 1086. J. Rideau, « Le droit au recours contre l'extension du mandat d'arrêt européen, quand le renvoi préjudiciel précède la question « prioritaire » », *Annuaire de Droit l'Union européenne*, 2012, p. 133; H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659; P. BEAUVAIS, « La Cour de justice, le mandat d'arrêt européen et les droits fondamentaux constitutionnels et européens », *RTD Eur.*, 2013, p. 812; A. LEVADE, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice: nouveau cadre procédural du dialogue des juges ! », *Constitutions*, 2013, p. 187-188; J. ROUX, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d'arrêt européen », *RTD Eur.*, 2013, p. 531-558.

Dans le premier cas, cette dernière est informée par la chambre de l'instruction des conséquences juridiques de son consentement et de son caractère irrévocable. La cour lui demande également si elle entend renoncer à la règle de la spécialité et l'informe des conséquences juridiques d'une telle renonciation et de son caractère irrévocable.

Si la chambre de l'instruction constate que les conditions légales d'exécution du mandat d'arrêt européen sont remplies, elle rend un arrêt par lequel d'une part, elle donne acte à la personne recherchée de son consentement à être remise ainsi que, le cas échéant, de sa renonciation à la règle de la spécialité et d'autre part, accorde la remise. La chambre de l'instruction statue, sauf si un complément d'information a été ordonné dans les conditions énoncées à l'article 695-33 du code de procédure pénale, dans les sept jours de la comparution devant elle de la personne recherchée¹⁰⁶.

Dans le second cas, la chambre de l'instruction statue, sauf si un complément d'information a été ordonné, dans les vingt jours à compter de la comparution devant elle de l'intéressé.

Dans les deux cas le complément d'information pourra être ordonné en cas d'erreur manifeste dans la rédaction du mandat d'arrêt européen ou lorsque se poseront des questions d'immunité, de concurrence entre plusieurs mandats d'arrêt européens, ou entre un mandat d'arrêt européen et une demande d'extradition.

L'article 695-34 du code de procédure pénale précise en outre que l'intéressé peut demander à tout moment sa mise en liberté à la chambre de l'instruction selon les formes prévues aux articles 148-6 et 148-7 du code de procédure pénale. Celle-ci peut, lorsqu'elle ordonne la mise en liberté de la personne recherchée, l'astreindre à se soumettre à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire.

En cas de remise en liberté, le procureur général doit en aviser immédiatement la mission justice du bureau de l'entraide pénale internationale en adressant copie de la décision de la chambre de l'instruction afin que la personne ne soit pas de nouveau arrêtée sur la base des signalements qui ont motivé son arrestation.

La chambre de l'instruction peut ordonner la mainlevée ou la modification des obligations du contrôle judiciaire de la personne recherchée ainsi que, lorsque que l'intéressé se soustrait aux dites obligations, décerner mandat d'arrêt à son encontre.

¹⁰⁶ Voir arrêt n°2000 du 11 juillet 2018 (18-90.016) – Cour de cassation – Chambre criminelle – ECLI: FR: CCASS:2018: CR02000.

La chambre de l'instruction exerce également un contrôle sur l'exécution du mandat d'arrêt européen sur les incriminations et les quanta de peines au regard de la loi de l'État membre d'émission.

La décision de la chambre de l'instruction

La chambre de l'instruction statue par arrêt motivé. La décision de la chambre de l'instruction sera soit une décision de remise, soit un refus de remise, soit une remise sous condition(s).

L'arrêt de la chambre de l'instruction doit être notifié, selon les formes du droit commun, à la personne réclamée. Si elle a été remise en liberté, la notification faite à la dernière adresse déclarée par elle est réputée faite à sa personne.

Lorsque la décision est définitive, cet arrêt sera notifié par le procureur général par tout moyen et sans délai à l'autorité étrangère.

Les voies de recours à l'encontre de la décision de la chambre de l'instruction

La décision de la chambre de l'instruction peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Le respect de l'article 17, paragraphes 3 et 4, de la décision-cadre oblige toutefois à encadrer l'exercice de cette voie de recours dans des délais courts¹⁰⁷.

Les articles 568-1 et 574-1 du code de procédure pénale, insérés par l'article 18 de la loi, disposent, à cet effet, que la chambre criminelle de la Cour de cassation doit statuer dans un délai de quarante jours à compter de la date du pourvoi, lequel doit avoir été formé dans le délai de trois jours francs à compter du prononcé de l'arrêt de la chambre de l'instruction lorsque la personne recherchée est présente ou de sa notification dans le cas contraire.

Dans le même souci de célérité, l'article 568-1 du code de procédure pénale prévoit que le dossier de la procédure est transmis, par tout moyen permettant d'en conserver une trace écrite, au greffe de la chambre criminelle dans les quarante-huit heures de la déclaration de pourvoi.

Les conditions de la remise sont définies aux articles 695-37 à 695-40 du code de procédure pénale¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Voir Crim. 12 avr. 2016, n° 16-82.175

¹⁰⁸ Voir Cour de Cassation, chambre criminelle, mercredi 23 juillet 2014, n° 14-84632. Voir Do-rothée Goetz, Mandat d'arrêt européen et droit au respect de la vie privée et familiale, Dalloz actualité, 2 mai 2016.

Après décision définitive de la chambre de l'instruction accordant la remise de la personne recherchée, le procureur général prend les mesures nécessaires pour organiser celle-ci.

Cette remise doit intervenir dans le délai de dix jours suivant la date de la décision définitive de la chambre de l'instruction, sauf motif légal de surseoir à celle-ci¹⁰⁹. À défaut de diligences des autorités étrangères pour organiser la remise, l'intéressé devra être remis en liberté. En cas de force majeure, une nouvelle date peut être fixée avec l'autorité judiciaire étrangère et la personne arrêtée est alors remise au plus tard dans les dix jours suivant cette nouvelle date, faute de quoi elle est remise en liberté, à moins qu'elle ne soit détenue pour autre cause.

La remise doit, sauf cas de force majeure ou motif légal de surseoir à celle-ci, intervenir dans le délai de dix jours suivant la date de la décision définitive de l'autorité judiciaire étrangère l'autorisant, le dépassement de ce délai pouvant conduire à la remise en liberté de la personne réclamée. Il convient de rappeler que, sauf si la personne a renoncé au principe de spécialité, cette remise n'autorise que les poursuites ou l'exécution de la peine ou des peines pour lesquelles l'autorité judiciaire étrangère a accordé la remise.

La remise pourra être différée pour des raisons humanitaires sérieuses ou si la personne recherchée est poursuivie en France ou doit y purger une peine en raison d'un fait autre que celui visé par le mandat d'arrêt européen. Dans ce dernier cas, la chambre de l'instruction peut toutefois accorder à l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission la remise temporaire de la personne recherchée¹¹⁰.

Avisé de l'accord pour la remise définitive ou temporaire de la personne recherchée et de la possibilité de mettre à exécution le transfèrement, il appartient au ministère public de prendre attache avec le service des transfèrements de la direction de l'administration pénitentiaire.

L'autorité judiciaire prendra soin, au cas où cette information n'aurait pas déjà été transmise, d'obtenir communication de la durée de détention effectuée à l'étranger imputable à la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen dans l'État d'exécution. La diffusion dans les systèmes nationaux (F. P. R.) et internationaux (Interpol) doit faire l'objet d'une cessation lorsque la personne est remise aux autorités françaises. La radiation du signalement F. P. R. entraîne automatiquement la radiation du signalement Schengen.

¹⁰⁹ Voir Arrêt n°1134 du 14 mai 2019 (19-82.833) – Cour de cassation – Chambre criminelle– FR: CCASS:2019: CR01134.

¹¹⁰ Crim. 28 févr. 2012, n° 12-80.744, AJ pénal 2012. 425, obs. J. Lasserre Capdeville; RTD eur. 2013. 292-18, obs. B. Thellier de Poncheville.

VII

LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL GIUSTO PROCESSO NELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA: SINERGIE CON LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

VALENTINA MAGLIETTA

Investigadora del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. *Introduzione.*—II. *Dal rito inquisitorio al codice Vassalli.*—
III. *L'emergenza mafia negli anni della riforma del processo penale.*—IV. *La costi-
tuzionalizzazione dei principi del giusto processo.*—V. *La ragionevole durata del
processo.*—VI. *Conclusioni.*

I. INTRODUZIONE

Formula d'incerto significato giuridico, la locuzione del giusto processo allude a un concetto ideale di giustizia comune alle più solenni proclamazioni del moderno costituzionalismo. Questa formula racchiude in sé una serie di principi e caratteristiche del processo che devono essere rispettati al fine di avere una decisione che renda giustizia.

Orbene, per cogliere fino a fondo il significato di questa espressione occorrerà partire da una breve premessa: se è vero che il processo è quel «luogo» emblematico in cui la giustizia si realizza tramite procedure, allora, la giustizia della procedura rappresenta la prima condizione essenziale affinché un processo sfoci in un giudizio «giusto». Sebbene il processo non abbia in sé alcun meccanismo di predeterminazione del suo esito, lo svolgimento concreto e specifico dello stesso condiziona, infatti, in vario modo, il contenuto della decisione finale. Risultati giusti dipendono, invero, da procedure «giuste», nel senso di corrette e controllabili. Una sentenza è giusta, una legge è giusta, se sono giuste le procedure di formulazione. Ecco il punto da sottolineare, «il procedimento giurisdizionale e così il procedimento legislativo, devono essere efficaci affinché il diritto esista secondo la qualità richiesta per regolare la società, appunto secondo diritto. Perciò il valore del giuridico risiede nelle tecniche, la loro insufficienza può tradire la proclamata democraticità delle istituzioni; può tradire lo Stato in principio proclamato di diritto». ¹ Ma «giusto» non è qualunque processo che si limiti ad essere regolare sul piano formale: affinché una decisione possa considerarsi giusta devono essere soddisfatte, infatti, anche altre condizioni. Tali condizioni attengono alla soluzione della *qaestio iuris* – ossia alla correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile, che dipende, a sua volta, da un accertamento attendibile e veritiero dei fatti rilevanti del caso (*qaestio facti*). ² Nel processo, il giudice, partendo da una situazione d’incertezza, giudica sulla base di norme di diritto vigente che collegano determinate fattispecie a conseguenze giuridiche. Tale incertezza, se, da un lato, attiene alla difficoltà strutturale di connettere direttive normative e situazioni concrete individuando la fattispecie astratta che meglio si attaglia alla fattispecie concreta, dall’altro, discende dall’estraneità del giudice agli eventi oggetto della controversia. Si tratta, allora, di superare questo stato d’incertezza e decidere, entro certi limiti temporali, (posto che il giudizio deve ad un certo punto concludersi), quali tra gli eventi incerti presi in considerazione siano da considerarsi «veri», sulla base delle informazioni che risultano disponibili e reperibili. La ricostruzione veritiera dei fatti oggetto della controversia rappresenta, pertanto, l’esigenza fondamentale cui ogni processo deve tendere per approdare a una decisione giusta, non potendo reputarsi tale un atto emanato su una base fattuale erronea o inattendibile. ³

¹ VISENTINI, G. BERNARDO, A. *Zagrebel'sky Gustavo, La virtù del dubbio. Intervista su Etica e Diritto. A cura di Geminello Preterossi*; Laterza, 2007, p. 10.

² PASTORE, B. *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 139-147.

³ *Ibidem*.

La verità cui l'indagine giudiziaria tende, come ogni verità empirica, non è, tuttavia, una verità assolutamente certa; è sempre una verità probabilistica, contingente e relativa, una verità «allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla»,⁴ giacché risulta da un'opera di interpretazione ermeneutica e di mediazione di un soggetto terzo (il giudice), a partire dal confronto e dall'esame critico degli interessi coinvolti e delle ipotesi di soluzione avanzate. Se si ritiene, infatti, che una delle funzioni principali del diritto sia quella di dirigere la condotta dei destinatari delle norme, deve, allora, anche sostenersi che sono le descrizioni di tali condotte quelle che entrano nel ragionamento giudiziale ai fini dell'applicazione di queste norme. Ne consegue che il processo ha un carattere eminentemente ermeneutico e cognitivo, poiché, in esso, il giudice svolge un'attività conoscitiva diretta a ricostruire, sulla base delle informazioni raccolte, una situazione concreta verificatasi in precedenza, della quale egli non ha, né può avere, alcuna esperienza diretta. La verità conseguibile giudizialmente (la c.d. verità processuale) ha, pertanto, anche un carattere «dialettico», poiché emerge da una ricerca probatoria che sorge dal (e vive nel) conflitto tra le parti, che, a sua volta, va eliminato attraverso l'intervento del giudice.⁵

Nell'ambito di una siffatta attività ermeneutica, ogni giudizio, proprio perché lasciato alla mediazione di un interprete terzo, sconta, tra l'altro, la possibilità dell'errore. Come ben ricorda Ferrajoli⁶: «l'accertamento probatorio è sempre il frutto di induzioni, e mai di deduzioni, perciò nel lavoro dei giudici o dei pubblici ministeri è sempre possibile l'errore (...) e qualunque tesi, anche se assistita da prove ritenute schiaccianti, ben potrebbe essere falsa». Proprio per questo, nell'impossibilità di un'assoluta certezza oggettiva, il processo deve contenere in sé, nella sua dinamica, un rimedio ai possibili errori dell'esito decisionale. Tale rimedio si basa sulla predisposizione di diversi gradi di giudizio e risulta, peraltro, ad oggi, rafforzato dalla possibilità di far valere le proprie ragioni non solo dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali, ma anche a quelli comunitari e internazionali posti a tutela dei diritti inviolabili degli individui. La compresenza di livelli plurimi e diversificati di tutela dei diritti fondamentali conforma, in tal modo, un sistema di *giustizia multilivello* che, sebbene sfugga agli schemi propri dei rapporti gerarchici –poiché «il nostro diritto è parte di un sistema sovranazionale «a rete» e non più «piramidale»»⁷– suppone che, nelle

⁴ FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 23 (da cui traggio le citazioni), 26-27, 107-108.

⁵ PASTORE, B. *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giapicchelli, Torino, 2013, p. 71.

⁶ FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione...op.cit.*, p. 25.

⁷ Sono le parole di V. CARBONE, Primo Presidente della Corte di Cassazione, nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, p. 16. Cfr. CARTABIA, M. *La Cedu e l'ordinamento*

ipotesi di concorso di più norme di garanzia, il risultato cui tendere debba essere l'applicazione del *massimo comune denominatore*, ossia del grado più elevato di tutela.⁸

Il fondamento della legittimazione del potere giudiziario s'identifica, insomma, con il duplice ruolo della giurisdizione: da un lato, l'accertamento libero e disinteressato della verità, tramite prove e smentite; dall'altro, la tutela (al massimo grado) delle libertà fondamentali degli individui –dalla libertà personale alla libertà di pensiero, dai diritti di difesa alle libertà politiche– le quali equivalgono tutte ad altrettanti diritti dei singoli contro il potere e gli interessi della maggioranza. Sotto entrambi gli aspetti, la fonte di legittimazione della giurisdizione, lungi dall'essere il semplice consenso della maggioranza⁹, si rivela il rigoroso rispetto della legge e, in particolare, di tutto l'acervo di garanzie sostanziali e processuali poste a tutela della persona contro l'arbitrio poliziesco e giudiziario.¹⁰ Garanzia significa, infatti: «protezione del cittadino a fronte del potere, ma significa anche disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena.»¹¹ È questo il significato del chiamato «principio di legalità» che è, chiaramente, il principio costitutivo di qualsiasi stato di diritto degno di questo nome, nonché del sistema di giustizia multilivello a cui si è fatto poc'anzi riferimento: la soggezione al diritto, cioè, ai limiti e ai vincoli dettati dalla legge, di qualunque potere altrimenti assoluto (*legibus solutus*) e selvaggio, primi tra tutti i pubblici poteri.

italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in AA. VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2007, p. 8.

⁸ Questa esigenza discende dalla stessa *ratio* delle Carte internazionali ratificate dal nostro Paese, tutte volte a creare uno *standard* minimo di protezione dei diritti fondamentali, con l'aspirazione dichiarata di favorirne la più ampia realizzazione.

⁹ «*Proprio perché risiede nella garanzia dell'imparziale accertamento del vero* – scrive Ferrajoli – *la legittimità del giudizio non può dipendere dal consenso della maggioranza dovendo essere soggetta unicamente alla legge. (...) Nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi, possono rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. (...) Nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può rendere legittima la condanna di un innocente, o l'assoluzione di un colpevole, o la privazione o menomazione di un diritto di libertà, o la mancata soddisfazione di un diritto sociale. (...) Consensi e dissensi non aggiungono nulla alla falsità o alla verità della motivazione in fatto e in diritto, richiesta a ogni provvedimento giudiziario. (...) Le sentenze* – aggiunge lo stesso autore – *sono sempre accertamenti di una violazione, ed esigono quindi una motivazione fondata su argomenti cognitivi in fatto e ricognitivi in diritto, dalla cui verità, sia pure approssimativa come è ogni verità empirica, dipende sia la loro validità o legittimazione giuridica, sia la loro giustizia o legittimazione politica. Per un verso, la natura cognitiva della giurisdizione vale perciò a configurarla, diversamente dalla legislazione e dall'amministrazione, come applicazione sostanziale anziché come semplice rispetto della legge: in breve come affermazione della legge. Per altro verso, essa vale a garantire quello specifico diritto fondamentale tutelato dalla giurisdizione che è l'immunità della persona da pronunce arbitrarie.*» FERRAJOLI, L. «Giurisdizione e Consenso», in *Questione Giustizia* n. 4, 2009, pp. 9-22.

¹⁰ Ferrajoli, L. *op. cit.*, p. 11.

¹¹ PROTO PISANI, A. «Il nuovo articolo 111 Cost. e il giusto processo civile», in *Foro It.*, 2000, p. 241.

In materia penale, in particolare:

«il principio di legalità è la principale garanzia di quello specifico diritto fondamentale che è l'immunità della persona incolpevole da punizioni arbitrarie, assicurata dal fatto che tutto ciò che non è proibito dalla legge rientra nella libertà. Su tale principio si fonda inoltre la soggezione dei giudici soltanto alle leggi e perciò la natura cognitiva propria della giurisdizione, che è anche il principale fondamento teorico, nello stato di diritto, della separazione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario. (...) Solo il principio di legalità, cioè la predeterminazione legale di ciò che il giudice è chiamato ad accertare, vale infatti a fondare il carattere cognitivo della giurisdizione.»¹²

In un siffatto contesto istituzionale, in cui è la legge a regolare: le modalità di svolgimento della controversia; le procedure attivabili per la sua soluzione; le finalità proprie dell'attività giudiziale; nonché i mezzi predisposti per individuare gli elementi utili alla formulazione del giudizio (che racchiudono in sé la disciplina giuridica dei mezzi di prova e i sistemi di valutazione degli stessi) – entrano in gioco le garanzie penali e processuali sintetizzabili nella formula del «giusto processo»¹³, il cui difficile recepimento da parte della cultura giuridica italiana sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguono. Tali garanzie, benché già consacrate nella Costituzione italiana e derivabili dagli articoli sulla giurisdizione, sull'azione e sul diritto di difesa, trovano oggi

¹² Citando di nuovo Ferrajoli da cui traggono origine anche le citazioni nel testo: «Solo se *authoritas* e non *veritas* facit *legem* (è la classica massima hobbesiana, opposta a quella *giusnaturalistica*, secondo cui è la verità che fa la legge: «*doctrinae quidem verae esse possunt, sed auctoritas non veritas facit legem*») possiamo affermare che «*veritas, non auctoritas facit iudicium*». Ed è chiaro che è un'attività cognitiva com'è la giurisdizione, pur se include inevitabilmente opzione momenti decisionali, non può, per principio, sottostare imperativi che non siano quelli inerenti alla ricerca del vero. Diversamente da ogni altro potere pubblico, il potere giudiziario, nello stato di diritto, non ammette perciò una legittimazione di tipo rappresentativo o elettorale o comunque consensuale ma solo una legittimazione di tipo razionale e legale. Nessuna maggioranza, per quanto schiacciante può rendere legittima la condanna di un indotto di un innocente o sanare un errore commesso ai danni di un cittadino. Non si può punire un cittadino solo perché lo vuole la maggioranza. Lo si può punire solo se è stato accertato che ha commesso un fatto previsto dalla legge come presupposto di una pena. Per questo, se si vuole che sia in grado di garantire i diritti dei singoli individui, la funzione giudiziaria, in quanto funzione di garanzia, non può dipendere dal potere politico della maggioranza, ma deve essere soggetto soltanto alla legge. Per questo non c'è garanzia giurisdizionale dei diritti senza indipendenza del giudice senza separazione dei poteri.» Ferrajoli, L. *Legalità*, in: La Costituzione aperta a tutti. A cura di Marco Ruotolo. Roma, 2019, pp. 17-34

¹³ Tali garanzie costituiscono il nucleo duro del più ampio concetto di «garantismo giudiziale»; locuzione con cui si allude al «coacervo di istituti e di principi processuali atti a garantire una effettiva tutela dei diritti dell'individuo, specificamente nella sua qualità di parte in un procedura giurisdizionale.» Storicamente il garantismo sorse in campo penale, allo scopo di limitare e regolare in modo efficace le potestà punitive delle autorità dotate di *iurisdictio*, tuttavia, nonostante trovi la sua principale ragione d'essere in materia penale, anche nel processo civile o in quello amministrativo, così come in ogni procedura giurisdizionale, gli istituti garantistici rappresentano, in uno Stato di diritto, elementi fondamentali. Alvazzi del Frate, P. *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011, p. 150.

enunciazione espressa nell'articolo 111 introdotto dalla legge di revisione costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, che si allineò alle convenzioni pattizie esistenti in materia. Tuttavia, come si dirà, l'adeguamento dell'Italia ai canoni internazionali e comunitari del giusto processo fu tutt'altro che lineare, giacché richiese, *in primis*, un mutamento culturale difficile da conseguire in un contesto come quello dell'Italia dei primi anni '90.

La presente analisi pretende avviare una riflessione storica sugli eventi più significativi dell'evoluzione italiana, soprattutto nel campo del processo penale, che portarono il legislatore a costituzionalizzare il processo *equitable*. Diversamente, sarebbe impossibile apprezzare sino in fondo l'impatto che la garanzia costituzionale del diritto all'equo processo ha avuto sulla cultura giuridica italiana e identificare gli aspetti del nostro sistema processuale che, ancora oggi, a distanza di quasi 20 anni dalla riforma dell'art. 111, presentano una serie di criticità. Tali criticità emergeranno soprattutto nell'ultima parte della trattazione, attraverso l'indagine delle concrete modalità con cui il legislatore ordinario ha provveduto a dare attuazione ai cosiddetti canoni del *fair trial*. L'analisi prenderà, quindi, le mosse dalla disamina delle caratteristiche fondamentali del Codice di procedura penale sopravvissuto alla caduta del fascismo per confrontarle con le novità introdotte dal codice Vassalli, che fu un primo passo verso tale processo di costituzionalizzazione. Nel secondo paragrafo, la riforma del processo penale sarà contestualizzata nel più ampio e complesso panorama socio-culturale dell'Italia degli anni '80 – '90 alle prese con l'emergenza mafia e le stragi di Cosa Nostra. Nel terzo paragrafo, si entrerà nel merito della riforma costituzionale e si analizzerà nel dettaglio il dettato dell'art. 111 della Costituzione. Infine, nella parte riservata alle conclusioni, si svolgeranno alcune considerazioni finali in merito alle interazioni e alle sinergie esistenti fra la nostra giurisprudenza e quella dei giudici della Corte di Strasburgo, con particolare riguardo alla copiosa giurisprudenza esistente in tema di «ragionevole durata del processo».

II. DAL RITO INQUISITORIO AL CODICE VASSALLI

All'indomani della caduta del regime fascista, l'imperativo era quello di costruire la democrazia e le sue principali istituzioni. Così, nella prima parte della Costituzione italiana, si disciplinarono costituzionalmente le libertà e i diritti fondamentali dei cittadini, tra cui il diritto di difesa, la precostituzione per legge del giudice naturale e la presunzione di non colpevolezza. Nella seconda parte, l'applicazione del principio della separazione dei poteri fece sì

che tutta la nostra magistratura (e non solo quella giudicante) fosse resa indipendente, non con una mera proclamazione di principio, ma con l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM), organo cui compete l'autogoverno dei magistrati ordinari, civili e penali. I limiti posti al potere della magistratura furono, dunque, solo quelli della soggezione alla legge, dell'obbligatorietà dell'azione penale, dell'obbligo di motivazione delle decisioni ed, infine, della loro impugnabilità.¹⁴

L'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana rappresentò certamente una svolta nell'ambito della legislazione processuale penale, poiché tradusse in termini normativi – e al più alto grado della gerarchia delle fonti dell'ordinamento – una serie di garanzie fondamentali per l'imputato, che riguardavano tutte le fasi nevralgiche del giudizio¹⁵. I codici di rito – sia civile che penale – emanati sotto il regime fascista non furono, invece, abrogati. Di conseguenza, il processo penale mantenne le principali caratteristiche del rito inquisitorio fino agli anni '70, per poi gradualmente limitarle fino al 1988, quando entrò in vigore il nuovo Codice penale,¹⁶ che segnò l'affermazione del rito accusatorio come regola di giudizio¹⁷.

Per meglio comprendere questo passaggio è opportuno cominciare richiamando brevemente i tratti più rappresentativi dei due modelli processuali summenzionati. La principale differenza fra un rito inquisitorio e un rito accusatorio è che mentre nel primo la ricerca della verità si configura come un'indagine ufficiale condotta da un funzionario pubblico al quale si riserva un ruolo attivo, nel secondo, si tende ad assegnare la ragione a chi delle parti meglio argomenti.¹⁸ Nel rito accusatorio, il processo è «uno scontro tra due liti-

¹⁴ L'ordine giudiziario manteneva dunque l'assetto e le caratteristiche burocratiche, così come la gerarchia, almeno funzionale, dei gradi di giudizio, pur non avendo più al suo vertice il Ministro della giustizia. ZANOTTI, F. «La costituzionalizzazione dei principi del giusto processo nel dibattito parlamentare», in *Giusto processo?* Cedam, Padova, 2006, p. 33.

¹⁵ SACCONI, G. *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l'esperienza italiana*, pp. 2-3. In: <https://www.diritto.it> (visitato il 3/10/2017)

¹⁶ ZANOTTI, F. *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ Va avvertito, tuttavia, che nessun sistema è, nel concreto, totalmente inquisitorio o accusatorio. Si tratta, a ben vedere di distinzioni che, nella loro accezione pura, costituiscono ipotesi astratte, piuttosto che applicative. Pur nella diversità di iter, strutture e obiettivi che il processo ha acquisito nel corso della storia, è possibile, infatti, cogliere dei tratti comuni nelle linee essenziali dei diversi sistemi penali succedutisi nel tempo. Si tratta, pertanto, di una distinzione puramente dottrina, che ai fini della presente analisi assume una rilevanza notevole, che discende dall'obiettivo stesso della trattazione, ossia quello di risaltare le trasformazioni subite dal sistema processuale italiano nel corso della storia e valutare l'influenza che i principi di matrice anglosassone del *due process of law* hanno esercitato sul rito penale.

¹⁸ Nella contrapposizione tra i due modelli teorici della procedura penale, si riflette, inoltre, l'alternativa tra la prevalenza dei diritti dell'«individuo» o degli interessi della «comunità». Si tratta di due modelli distinti, perché legati a diverse ideologie del processo. Schematicamente si può affermare che il processo inquisitorio sia volto alla ricerca della «verità storica» e sacrifichi l'interesse dell'individuo in favore di quello della comunità. Nel modello «inquisitorio puro» la struttura del procedimento si basa

ganti posti su un piano di perfetta parità formale, davanti ad una corte per definizione neutrale, che interviene, cioè, solo nel caso di violazione delle regole del gioco.»¹⁹ Lo Stato si limita qui, a fornire ai contendenti un'arena istituzionale, affinché gli stessi possano confrontare le rispettive pretese in modo autonomo, nell'ambito di regole volte a garantire una decisione che ponga fine alla lite. Diversamente, nel rito inquisitorio, il giudice, lungi dall'essere stereotipo di mera bocca della legge, ha poteri ampissimi che attua prevalentemente d'ufficio, ossia a suo insindacabile giudizio. Può, ad esempio, disporre la carcerazione preventiva dell'imputato pur in mancanza di un pericolo di fuga e di prove su cui fondarla.

Prima della riforma del C.p.p., l'iniziativa processuale e l'iniziativa probatoria erano entrambe nelle mani del giudice istruttore. Egli era allo stesso tempo organo accusatorio e organo giudicante, (*iudex atque accusator*), poiché emetteva la sentenza definitiva e, allo stesso tempo, raccoglieva le prove contro l'imputato. Il risultato era, ovviamente, l'assenza totale del requisito della terzietà, a causa dell'assenza di una netta contrapposizione tra le parti del processo (l'accusatore, il giudice e l'accusato).

Altro requisito di massima rilevanza all'interno del processo era quello della segretezza degli atti processuali, preclusi non solamente a soggetti estranei al procedimento, ma anche all'imputato stesso e al suo difensore. Al giudice istruttore era affidato il compito di condurre complesse ed esaustive inchieste in segreto e consacrare in verbali scritti i risultati della sua attività. Il fascicolo dell'istruttoria veniva quindi trasmesso al giudice del dibattimento che lo utilizzava ai fini della decisione della causa, senza, tra l'altro, essere tenuto a confrontare la ricostruzione della verità operata dal giudice istruttore con le posizioni dell'accusa e della difesa dell'imputato.²⁰ Non vi erano limiti, inoltre, all'ammissibilità delle prove: «quello che contava era il risultato da raggiungere, e cioè la verità, non il metodo con cui la si perseguiva»²¹. Non a caso, l'art. 299 c.p.p. del 1930, prescriveva «l'obbligo di compiere tutti e soltanto gli atti necessari all'accertamento della verità.» Ogni modalità di ricerca era, pertanto, ammessa: «se necessario, anche la tortura dell'imputato.»²²

sulla concentrazione delle funzioni di accusa e di giudizio nella figura dell'inquisitore (*iudex atque accusator*). Al contrario il processo accusatorio rinuncia alla ricerca della «verità storica» in favore di una «realità processuale» desumibile esclusivamente dalle risultanze processuali (secondo il broccardo: *Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*). Alvazzi del Frate, P. *Op.cit.*, p. 150.

¹⁹ ZANOTTI, F. *La costituzionalizzazione dei principi...* op. cit. p. 35.

²⁰ CAPONE, A. *Storia, cultura e principi del processo penale*, p. 44 e ss. in: <https://www.unirc.it> (visitato il 3/10/2017).

²¹ Saccone, G. *op. cit.*, p. 3.

²² *Ibidem*.

Ne consegue che, per anni, il processo penale italiano è stato incentrato sulla segretezza, la scrittura e l'assoluta mancanza di garanzie dell'imputato durante tutta la fase istruttoria.²³ Ciò, anche se l'Italia, nel 1950, aveva sottoscritto la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (poi ratificata, in forza della legge n. 848 del 4 agosto 1955), dove l'espressione *due process of law* ricorre nell'art. 6 e, nel 1977, con la legge n. 881, aveva dato esecuzione al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici stipulato in sede ONU, che, all'art. 14, consacra le idee cardine del giusto processo ribadendo, in tal modo, la dichiarazione d'intenti di natura prescrittiva già sottoscritta negli anni '50. Tuttavia, l'adeguamento dell'Italia alle convenzioni pattizie e al modello internazionale di giusto processo, come già si è osservato, richiese prima di tutto un mutamento culturale, che solo in seguito avrebbe comportato mutamenti organizzativi e strutturali del processo e della magistratura.

Non trattandosi di un principio di matrice romanistico-germana, quanto piuttosto di un principio estratto dalla tradizione giuridica del *common law*, il *due process*²⁴ appariva, invero, in buona parte estraneo alla tradizione giuridica nazionale: di qui, la difficoltà di trapiantarli con successo all'interno del nostro sistema, oltretutto contraddistinto da una cultura giuridica più che consolidata. Così, come spesso accade, ad essere trapiantate furono le sole norme giuridico-formali, cui si accompagnarono però comportamenti molto contraddittori.

I principi proclamati dalle Carte internazionali rimasero in sostanza «lettera morta»²⁵ fino al 1987, quando le acque cominciarono a muoversi per

²³ Sono le parole dell'On. Soda, in sede di discussione della riforma cost. n.2 del 23 novembre 1999. In: *Atti camera dei deputati, seduta n.573, 21.7.1999*, p. 68. Consultato il 3.11.2017 in: <http://leg13.camera.it>

²⁴ La locuzione *Due process of law* deriva senza dubbio dal *Legale iudicium* previsto dalla Magna Carta *libertatum* emanata da Giovanni senza Terra nel 1215. La Carta, nel suo paragrafo 39, affermava che: *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*. Il paragrafo 40, «*Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam*», completava le garanzie giurisdizionali previste dalla norma precedente. Le disposizioni delle clausole 39 e 40 furono successivamente riunite e divennero, nell'edizione definitiva della Magna Carta del 1225, la clausola. Alvazzi del Frate, P. *op. cit.* p. 150.

²⁵ Non deve stupire, pertanto, che all'epoca l'Italia fosse il Paese più condannato dalla Corte di Strasburgo per violazione della Convenzione. Le statistiche in merito parlano chiaro: sino a tutto il 1998 su di un totale di 16.345 fascicoli aperti, 3.113 riguardano l'Italia. In particolare, le sentenze che condannano l'Italia sono 317 su un totale complessivo di 908 decisioni pronunciate dalla Corte Europea. Solo nel periodo dal 1973 al 1995, le sentenze che condannano il nostro paese sono circa il 70% di quelle complessivamente adottate dalla richiamata Corte in sede europea. M. Pera, in *Atti parlamentari, XIII Legislatura, disegni di legge e relazioni, documenti*, anno 1999. Cfr. *Il concetto di «giusto processo» codificato dalla riforma della costituzione. Considerazioni preliminari, ruolo svolto dalla giurisprudenza Costituzionale e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo* - in: <http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it> (visitato il 3/11/2017).

merito della legge delega n. 81 che impose l'adeguamento del codice di procedura penale alle norme dettate dalle convenzioni internazionali ratificate dallo Stato Italiano. Come ben sottolinea SACCONE²⁶:

«Il codice del 1988 prese vita dall'impellente esigenza di modernizzare la legislazione processuale penale, ancora troppo ancorata a logiche inquisitorie ormai comunemente considerate inaccettabili in un contesto normativo e ideologico definitivamente avviatosi, a livello internazionale, verso una concezione garantistica dei diritti fondamentali della persona umana e, conseguentemente, dell'imputato.»

In questo senso, può dirsi che la riforma del codice di procedura penale, nel 1988, fu un primo passo verso l'inserimento di alcuni dei principi del *due process* di matrice anglosassone, nel processo penale del nostro Paese.

Uno dei principali obiettivi della riforma sancito nella legge delega del Parlamento era precisamente quello di attuare i caratteri del sistema accusatorio nel processo penale. Fu così che il legislatore, ispirandosi ai sistemi accusatori di altri Paesi europei, e ai principi di immediatezza, oralità e contraddittorio, incentrò il processo di acquisizione della prova sull'esame incrociato in dibattimento davanti al giudice: «I verbali degli atti compiuti nelle indagini preliminari (condotte unilateralmente) non avrebbero più assunto alcuna rilevanza, e perciò, salvo alcuni casi eccezionali, non sarebbero stati inseriti nel fascicolo per il dibattimento».²⁷

A garanzia dell'effettiva separazione fra indagini e dibattimento, nella disciplina del nuovo codice di procedura penale si aboliva, pertanto, la figura del giudice istruttore. Al suo posto venne introdotto il Giudice per le Indagini

²⁶ SACCONI, G. *Il processo penale...op.cit.*, p. 8.

²⁷ In particolare l'art. 500 stabiliva che quando il testimone venuto a deporre in dibattimento rendeva dichiarazioni che contrastavano con ciò che aveva detto nel corso delle indagini preliminari, le parti potevano contestare al testimone le vecchie dichiarazioni leggendo in dibattimento i relativi verbali. Il giudice poteva tenerle in considerazione per valutare la credibilità del testimone, ma non usarle come prova (cioè, non poteva porre quelle dichiarazioni a fondamento della decisione). Eccezionalmente però le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari contestate al testimone potevano essere acquisite al fascicolo per il dibattimento e assumere valore di prova quando erano state raccolte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria non nel corso di un formale colloquio nelle sedi istituzionali, ma nel corso delle perquisizioni oppure sul luogo e nell'immediatezza del fatto.

L'art. 512 stabiliva che, su richiesta di parte, potevano essere letti e acquisiti al fascicolo per il dibattimento i verbali di atti compiuti nelle indagini preliminari di cui, per fatti o circostanze imprevedibili, (caso tipico: la morte del testimone), non poteva più essere ripetuta l'acquisizione in dibattimento.

Ancora l'art. 513 comma 1, se l'imputato era contumace o assente o comunque si avvaleva della facoltà di non rispondere, consentiva la lettura delle dichiarazioni che costui aveva reso nel corso delle indagini preliminari. *Giusto processo. Problemi e prospettive*, pp. 20 e ss. – In: <https://www.unirc.it> (visitato il 3/10/2017).

Preliminari (o GIP), senza autonomi poteri di iniziativa probatoria²⁸, con funzioni preordinate a garantire l'indagato nella fase delle indagini preliminari. I poteri di ricerca, ammissione e valutazione della prova non sarebbero più stati attribuiti ad un unico soggetto, ma suddivisi e ripartiti in modo omogeneo tra il giudice, l'accusa e la difesa, evitando a priori possibili abusi unilaterali.

All'art. 195 comma 4 del nuovo c.p.p., si stabiliva, inoltre, che gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria non potessero «deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni»; tale divieto mirava a impedire che, attraverso la testimonianza indiretta degli operatori di polizia giudiziaria, in dibattimento, si portasse a conoscenza del giudice il contenuto di dichiarazioni assunte senza contraddittorio, nel corso delle indagini preliminari.

III. L'EMERGENZA MAFIA NEGLI ANNI DELLA RIFORMA DEL PROCESSO PENALE

Il Codice di procedura penale entrò in vigore il 24 ottobre 1989, ma in un contesto come quello dell'Italia sul finire degli anni '80, il garantismo del nuovo codice Vassalli²⁹ apparve, da subito, a molti inopportuno. Negli ambienti della politica e della magistratura, si dubitava, in particolare, che il nuovo processo avrebbe potuto «affrontare» in modo efficiente la crescente complessità dei fenomeni criminali, (dalla criminalità organizzata al terrorismo).

Non dimentichiamo che, negli anni Ottanta, in Italia, imperava l'emergenza mafia. In Sicilia, i Corleonesi – capeggiati da Totò Riina e Bernardo Provenzano – combattevano contro la mafia «storica» palermitana di Bontade e Inzerillo, nella seconda grande «guerra di mafia». Le due fazioni si contendevano il territorio siciliano a suon di stragi e omicidi, al punto che quegli anni passarono alla storia come gli «anni della mattanza». I Corleonesi ammazzavano i nemici, interni ed esterni, ma anche gli amici di cui non si fidavano; la gente veniva sparata per strada, in agguati e imboscate ben organizzate militarmente, oppure le vittime sparivano nel nulla, probabilmente strangolate e sciolte nell'acido. Tra il 1981 e il 1984, gli scontri fra le due fazioni causarono

²⁸ In tal senso l'art. 190, comma 1, c.p.p., per cui «Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti». Si introduce, dunque, un vero e proprio «diritto alla prova» spettante alle parti, «comprimibile» solo in casi eccezionali e tassativamente previsti dalla legge. SACCO-NE, G. *Il processo penale...op.cit. p. 8 e ss.*

²⁹ Definito «codice Vassalli», dal nome dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia, Giuliano Vassalli, il nuovo codice di procedura penale fu emanato con decreto del Presidente della Repubblica n. 447 del 22 settembre 1988 ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989.

no un numero imprecisato di vittime (le cifre oscillano tra i 600 e i 1000 morti), molte delle quali del tutto antitetiche al mondo della mafia.³⁰ Risalgono a quegli anni la Strage della circonvallazione³¹ del 16 giugno 1982 e la «Strage di Natale»³² del 23 dicembre 1984.

In risposta ai terribili massacri di Cosa Nostra³³, nel 1986, il Tribunale di Palermo aveva avviato il c.d. maxiprocesso –probabilmente il più grande processo penale mai celebrato al mondo– in cui, a seguito dell’istruzione condotta dal giudice Antonino Caponnetto e dai magistrati del c.d. pool antimafia, (fra cui Giuseppe Di Lello, Leonardo Guarnotta, Giovanni Falcone e Paolo Borsellino), ben 474 imputati furono sottoposti a giudizio per associazione a delinquere di stampo mafioso. Su un totale di 474 imputati, 119 erano, tuttavia, ancora latitanti³⁴, e tra questi i più importanti erano le «bestie» di Luciano Leggio: Riina e Provenzano³⁵.

Nel dicembre 1987, un anno prima dall’approvazione della riforma del Codice di procedura penale, il primo grado del maxiprocesso di Palermo si concludeva con 346 condanne e 114 assoluzioni, 19 ergastoli e pene detentive per un totale di 2665 anni di reclusione.³⁶ La sentenza fu unanimemente considerata un duro colpo per Cosa Nostra, ma negli ambienti mafiosi e ad esso contigui, prevalse ugualmente un certo ottimismo: se pure in primo grado

³⁰ FALCONE, G. *Cose di Cosa Nostra*. BUR, Biblioteca Univ. Rizzoli, 2012. pp. 5 e ss.

³¹ La strage della circonvallazione fu un attentato mafioso messo in atto il 16 giugno 1982 sulla circonvallazione di Palermo. Obiettivo dell’attentato era il boss catanese Alfio Ferlito, che veniva trasferito da Enna al carcere di Trapani e che morì nell’agguato insieme ai tre carabinieri della scorta e ai ventisette Giuseppe Di Lavore, autista della ditta privata che aveva in appalto il trasporto dei detenuti.

³² Il 23 dicembre del 1984 una bomba esplose a bordo del treno Rapido 904, in viaggio tra Napoli e Milano. Morirono 16 persone e più di 250 furono ferite. L’attentato, chiamato poi dai media la «strage di Natale», dato che il treno era pieno di persone che stavano tornando a casa per le feste, fu uno degli attentati più devastanti della storia repubblicana, probabilmente ordinato da Totò Riina.

³³ La locuzione Cosa nostra (nel linguaggio comune genericamente detta mafia siciliana o semplicemente mafia) viene utilizzata per riferirsi esclusivamente alla mafia di origine siciliana (anche per indicare le sue ramificazioni internazionali, specie negli Stati Uniti d’America, dove viene identificata come Cosa nostra statunitense, sebbene oggi entrambe abbiano diffusione a carattere internazionale), per distinguerla dalle altre associazioni ed organizzazioni mafiose. Per un’analisi dettagliata della storia di Cosa Nostra dagli anni Sessanta fino alle ultime rivelazioni sulla trattativa fra Stato e mafia, si veda: Lodato, S. *Quarant’anni di mafia*, Rizzoli, Milano, 2012 e LUPO, S. *Storia della mafia. Dalle origini ai nostri giorni*, Roma, Donzelli, 2004.

³⁴ Per un’analisi esaustiva sulle turbolente vicende del maxiprocesso, si veda: Mazzenzana, S. *Il maxiprocesso di Palermo*. In: <https://riviste.unimi.it/> (consultato il 3.11.2017).

³⁵ Arrestati rispettivamente nel 1993 e nel 2006.

³⁶ L’11 novembre 1987, dopo 349 udienze, 1314 interrogatori e 635 arringhe difensive, gli otto membri della Corte d’assise si ritirarono in camera di consiglio, accompagnati da un inatteso applauso da parte degli imputati (il cui numero, nel corso del processo, era leggermente diminuito fino a 460). Tale Corte era composta dai due giudici togati Alfonso Giordano e Pietro Grasso, ed i sei giudici popolari Francesca Agnello, Maria Nunzia Catanese, Luigi Mancuso, Lidia Mangione, Renato Mazzeo e Francesca Vitale. Fu la più lunga camera di consiglio che la storia giudiziaria ricordi: 35 giorni, durante i quali la Corte visse totalmente isolata dal mondo, lavorando a tempo pieno sul maxiprocesso.

c'erano state dure condanne, nei successivi gradi di giudizio (in appello e soprattutto in Cassazione), esse sarebbero state senz'altro diminuite o in gran parte annullate, riducendo il tutto a ben poca cosa.

In un simile contesto sociale, si capisce, pertanto, perché il garantismo del codice Vassalli, fin dai suoi primissimi anni di vita, avesse destato tante perplessità. Si temeva, in particolare, che l'impossibilità di usare come prova in dibattimento i risultati delle indagini preliminari, e quindi la necessità di una nuova acquisizione delle prove in sede di contraddittorio, avrebbe allungato eccessivamente i tempi del processo e ostacolato la ricerca della verità.

Nonostante i temuti ritardi, il giudizio in appello non si dilungò più del primo grado: il Maxiprocesso approdò alla Corte d'Appello il 22 febbraio 1989, per concludersi il 12 dicembre 1990. Tuttavia, la sentenza, pronunciata in secondo grado dal presidente Palmigiano³⁷, si rivelò deludente per gli inquirenti, in quanto le condanne furono ridotte in maniera cospicua: gli ergastoli passarono da 19 a 12, le pene detentive vennero ridotte di oltre un terzo scendendo a 1576 anni di reclusione, e vennero pronunciate 86 nuove assoluzioni.

L'ultimo passaggio da superare era quello del vaglio da parte della Corte di Cassazione sulla regolarità del processo. Per gli imputati il giudizio di Cassazione era, in effetti, l'ultima possibilità per una ulteriore riduzione o annullamento delle condanne, mentre per l'accusa rappresentava la possibilità di ricorrere contro le assoluzioni pronunciate in secondo grado.

Il 30 gennaio del 1992, la Corte di Cassazione emise il verdetto finale sul maxiprocesso che, da un lato, confermava e rendeva definitive le condanne del primo grado; dall'altro, disponeva un nuovo giudizio per gli imputati che erano stati assolti in appello. La sentenza della Cassazione fu un colpo molto duro per Cosa Nostra, non solo per le aspre condanne, ma anche perché quel verdetto rappresentò un «risultato storico»: a partire da quel momento, sul piano giuridico, non si sarebbe più potuta mettere in dubbio l'esistenza della mafia, né la sua struttura unitaria e verticistica.³⁸

Concluso il maxiprocesso, la reazione di Cosa Nostra non tardò a farsi sentire: tra il 1992³⁹ ed il 1993 vennero organizzati e portati a compimento una

³⁷ Il giudice Palmigiano accettò di presiedere il processo d'appello del maxiprocesso in sostituzione del giudice Antonino Saetta che era stato ucciso da Cosa Nostra nel settembre 1988 proprio al fine di impedirgli di presiedere il maxiprocesso. Mazzenzana, S. *Il maxiprocesso di Palermo... op. cit.* pp. 5 e ss.

³⁸ BIANCONI, G. *Mafia, braccio di altri interessi*. In: Corriere della sera, 30.1.2017. Articolo consultato il 3.11.2017 in: <https://www.pressreader.com>

³⁹ «È stato un anno difficile, il 1992. Uno dei più drammatici di tutta la storia della Repubblica. Le bombe di Palermo, l'inizio di Tangentopoli, la crisi radicale di gran parte della classe dirigente. E poi, alla fine dell'estate, il disastro finanziario che ha colpito valuta e finanza e «bruciato», in pochi giorni, un terzo

serie di attentati. Nelle stragi di Capaci e via D'Amelio persero la vita i giudici istruttori del maxiprocesso: Giovanni Falcone (insieme alla moglie e a tre uomini della scorta), e Paolo Borsellino (insieme a cinque poliziotti).

Di fronte a queste ennesime barbarità, la risposta delle istituzioni non si fece attendere. Risalgono a quell'anno le storiche sentenze della Corte Costituzionale⁴⁰ sul principio di non dispersione dei mezzi di prova⁴¹, che, di fatto, smantellarono le strutture accusatorie del nuovo codice dando vita alla stagione del c.d. «riflusso inquisitorio»; nonché, il cosiddetto *Decreto antimafia Martelli-Scotti*⁴² che, nel modificare varie norme del codice Vassalli, recepì in ampia parte, i correttivi introdotti dal Giudice delle leggi, allo scopo di assicurare la funzione conoscitiva del processo penale e l'accertamento dell' «oggettiva» verità dei fatti.⁴³

del lavoro della lira. Crisi politica. Crisi istituzionale. Crisi economica. In un intreccio su cui ancora oggi non si è fatta piena luce». Cfr. Calabró, A. *Il ricordo del maxiprocesso e la memoria di Falcone e Borsellino, per una giustizia che funzioni*. In: <http://www.huffingtonpost.it> (visitato il 3/10/2017).

⁴⁰ Cfr. Corte cost., 31 gennaio 1992, n.24 in Giur. cost., 1992; Corte cost., 3 giugno 1992, n.254, *ibidem*; Corte cost., 3 giugno 1992, n.255, *ibidem*.

⁴¹ Con la sentenza n. 255/92 la Consulta, nel sancire l'illegittimità costituzionale dei commi 3 e 4 dell'art. 500 c.p.p., per la prima volta e in modo assolutamente chiaro e inequivocabile, fondò le proprie argomentazioni sul cd. «principio di non dispersione della prova», ponendo l'accento sull'irragionevolezza di un sistema che prevedeva la possibilità che si contestassero al testimone le sue dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero e, al tempo stesso, che tali dichiarazioni dovessero essere valutate solo per stabilire l'attendibilità del dichiarante. In questa prospettiva la Corte, pur riconoscendo all'oralità il ruolo di principio ispiratore del nuovo codice di rito del 1988, sostenne, tuttavia, che il metodo orale non costituisse affatto il veicolo «esclusivo» di formazione della prova in dibattimento, e « (...) ciò perché fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità (...), di guisa che in taluni casi in cui la prova non possa, di fatto, prodursi oralmente è dato rilievo, nei limiti e alle condizioni di volta in volta indicate, ad atti formati prima ed al di fuori del dibattimento (...)». SACCONI, G. *Il processo penale...op. cit. p. 23*

⁴² Con il decreto Scotti-Martelli s'introduceva l'articolo 41 bis del codice penale, il circuito di detenzione più duro del sistema penitenziario italiano, che consentiva al Ministro della Giustizia di sospendere, in caso di «gravi motivi di sicurezza pubblica,» le normali garanzie dei detenuti facenti parte dell'organizzazione criminale mafiosa. I detenuti sotto il regime del 41 bis, sono sottoposti ad un regime carcerario speciale che, tra le varie restrizioni, prevede l'isolamento in cella per 22 ore al giorno; la possibilità di un solo colloquio familiare al mese, di massimo un'ora, attraverso un vetro divisorio; il divieto di ricevere libri e «qualsiasi altra forma di stampa» dall'esterno; e la stretta limitazione dei rapporti sociali tra reclusi. Si era previsto che tale regime avrebbe cessato di avere effetto dopo tre anni ma, nel 1995, una legge ne prorogò l'efficacia fino al 31 dicembre 1999 e un successivo provvedimento fino al 31 dicembre 2002. In vista di questa scadenza, nella seconda metà del 2002, la Commissione antimafia comincerà a discutere «sulle questioni emerse in sede di applicazione della normativa vigente in tema di regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41bis dell'ordinamento penitenziario.» A nulla valsero le sentenze della Cassazione e della Corte europea dei diritti dell'Uomo, le critiche del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT) del Consiglio d'Europa, che definì il regime «una tortura inumana e degradante»: il 23 dicembre 2002, con la legge 279, la «tortura democratica» del 41bis è entrata stabilmente nel nostro sistema penitenziario. Prefazione di Maurizio Turco a: *L'art. 41 bis Ord. Pen. e le garanzie del detenuto* – edizioni Giappichelli, Torino, 2007.

⁴³ NICOLÍ, Antonio. «L'attuazione del principio del giusto processo tra costituzione e legge ordinaria» in *Giusto processo?* Cedam, Padova, 2006, pp. 139-184, p. 141.

Si trattava di un brusco ritorno al passato, che il legislatore tentò di ammortizzare con il D. L. n. 306 del 1992, per mezzo del quale ritoccò l'art. 500 del c.p.p. stabilendo che le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari contestate al testimone potessero essere acquisite al fascicolo per il dibattimento, ma utilizzate come prova solo se esistevano altri elementi che ne confermassero l'attendibilità. In pratica, non si poteva condannare solo sulla base di vecchie dichiarazioni.⁴⁴

Con la legge n. 267 del 1997 il legislatore si spinse ancora oltre, intervenendo sull'art. 513 del c.p.p., per stabilire che le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari nei confronti di altri coimputati nel medesimo processo cumulativo (comma 1), o imputati in procedimenti connessi o collegati (comma 2), da chi in dibattimento si rifiutava di sottoporsi all'esame o si avvaleva della facoltà di non rispondere, potessero assumere valore di prova solo con il consenso dell'imputato destinatario delle dichiarazioni. Si trattava evidentemente di un'eventualità assai rara, che, seppure con qualche anno di ritardo, di fatto ripristinava nei processi di mafia i canoni minimi di un sistema accusatorio.⁴⁵

La nuova versione dell'art. 513 c.p.p. fu immediatamente sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, da cui scaturì, per effetto di una pronuncia additiva⁴⁶, un'ulteriore riformulazione della norma che penalizzò nuovamente il contraddittorio tra le parti, ponendo le basi per il conflitto tra Parlamento e Corte Costituzionale che sarà all'origine della revisione dell'art. 111 della Costituzione.

⁴⁴ *Giusto processo. Problemi e prospettive*, p. 3 – In: <https://www.unirc.it> (visitato il 3/10/2017)

⁴⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁶ Con la sentenza n. 361 del 1998, infatti, il Giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale 1) dell'art. 513, comma 2, ultimo periodo del codice di procedura penale nella parte in cui non prevedeva che, qualora il dichiarante rifiutasse o comunque omettesse in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si sarebbe applicato l'art. 500, commi 2-bis e 4, del codice di procedura penale; 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 210 del codice di procedura penale nella parte in cui non ne è prevista l'applicazione anche all'esame dell'imputato nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero; 3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 238, comma 4, del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che, qualora in dibattimento la persona esaminata a norma dell'art. 210 del codice di procedura penale rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza di consenso dell'imputato alla utilizzazione si applica l'art. 500, commi 2-bis e 4, del codice di procedura penale. *Illegittimità costituzionale dell'art. 513 C.p.p. Corte Costituzionale n. 361 del 26 ottobre – 2 novembre 1998*. In: <https://www.difesa.it>

Le polemiche nate attorno all'art. 513 c.p.p. esasperarono, difatti, la contrapposizione fra forze politiche e magistratura. Come rileva Nicolí⁴⁷:

L'oggetto del contendere incideva, com'è noto, su ciò che fa la differenza fra un sistema accusatorio e uno inquisitorio: l'utilizzazione o meno, ai fini della decisione, delle dichiarazioni accusatorie nei confronti di un coimputato nello stesso reato o di un imputato di reato connesso, rilasciate al Pubblico ministero o all'ufficiale di polizia giudiziaria dall'imputato, che, dopo aver fornito la sua collaborazione nella fase investigativa, si sottraeva alla verifica dibattimentale sulle altrui responsabilità, avvalendosi del diritto al silenzio.

Considerato il valore, molto spesso decisivo ai fini della prova, delle dichiarazioni rese dai c.d. «pentiti» nei procedimenti di mafia, la formulazione del disposto dell'art. 513 c.p.p. – e più in generale la questione della separazione tra indagini e dibattimento – acquisì un'importanza cruciale. I pentiti, potendo scegliere liberamente se raccontare anche al giudice del dibattimento ciò che avevano detto al pubblico ministero, finivano per diventare arbitri della sorte dei processi e per «trattare» con i pubblici ministeri da una posizione di forza. La posta in gioco era, pertanto, evidente: «da un lato, la vanificazione dell'intero lavoro investigativo del P.m., nei casi in cui l'esito del giudizio dipendesse esclusivamente dalla conferma in dibattimento delle dichiarazioni raccolte durante le indagini; dall'altro, la violazione delle più elementari garanzie difensive dell'imputato, il quale ha diritto di sottoporre al controllo dibattimentale le fonti di accusa.»⁴⁸

Poiché i principi accusatori ispiratori del codice Vassalli, a giudizio della Corte, risultavano incompatibili con la Costituzione, il legislatore si risolse, allora, a modificare la Costituzione stessa, «con il fine di fissare alcuni diritti processuali di stampo accusatorio, che permettessero al contempo di limitare gli strapoteri del p.m., garantendo la parità delle parti e il contraddittorio»⁴⁹. Arriviamo, così, alla riforma del 1999.

IV. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL GIUSTO PROCESSO

Va detto che fino alla riforma costituzionale del 1999, la Costituzione nulla prevedeva specificatamente sul processo; nessun reale diritto o garanzia processuale era riconosciuto al cittadino. Con la legge costituzionale n. 2

⁴⁷ NICOLÍ, A. *L'attuazione del principio del giusto processo...op.cit.* p. 141.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁹ ZANOTTI, F. *La costituzionalizzazione...op. cit.* p. 39.

del 23 novembre 1999, il legislatore, sulla falsariga di quanto prescrive l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ha introdotto cinque nuovi commi che delineano i tratti essenziali del c.d. giusto processo.

Va notato che solo i primi due commi hanno portata normativa generale riferendosi ad ogni tipo di processo giurisdizionale, mentre i successivi tre contengono principi e regole puntuali concernenti specificamente il processo penale.

Il primo comma dell'art. 111 stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». La norma impone una riserva di legge in materia processuale. Ciò significa che tutti i principali aspetti del processo – e fra questi soprattutto i poteri istruttori e le modalità di svolgimento del contraddittorio – devono trovare adeguata definizione legislativa. È la legge a dover regolare il processo secondo i principi costituzionali definiti. Il secondo comma contiene, invece, due enunciati che, in via altrettanto generale, sintetizzano i requisiti essenziali e indefettibili a cui ogni procedimento giurisdizionale deve conformarsi affinché possa essere definito giusto. Si tratta di un nucleo di garanzie minime, funzionali ad assicurare la qualità dell'accertamento sul quale poggia la decisione del giudice. Tali garanzie sono: *a)* il contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità⁵⁰; *b)* la terzietà e l'imparzialità del giudice⁵¹; *c)* la ragionevole durata del processo. Oltre a queste, vanno ricordate le garanzie che erano già presenti nell'art. 111 e che oggi sono contemplate nei commi 6 e 7: *d)* l'obbligo di motivazione di tutti i

⁵⁰ Il principio della parità delle parti, definito «cardine della disciplina del giusto processo» (sent. Corte Cost. n. 331 del 2008) è stato oggetto di svariate decisioni che ne hanno esaminato la possibile valenza rispetto a specifiche fattispecie. Si veda, per esempio, la sent. Corte Cost. n. 311 del 2009 in cui la Corte richiamando espressamente la posizione della Corte Europea ricorda che «il requisito della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari». Tale orientamento, che trova i suoi precedenti nelle pronunce dei giudici di Strasburgo, (casi *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994, e *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999), censura la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modifichino retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica».

⁵¹ La Corte – che, prima della legge cost. n. 2 del 1999 aveva ripetutamente fatto riferimento al principio di imparzialità-terzietà del giudice come connaturale alla funzione giurisdizionale (sent. n. 93 del 1965; n. 41 del 1985; n. 148 del 1996; n. 351 del 1997; n. 363 del 1998) – ha, poi, chiarito che, quanto alla tutela di tale principio, il novellato articolo 111 Cost. non introduce alcuna sostanziale innovazione o accentuazione (ord. nn. 75 e 168 del 2002), aggiungendo che è meramente nominalistico l'argomento che, in senso contrario, vorrebbe dedursi dalla locuzione «giudice terzo e imparziale», quasi che essa sia espressiva di un nuovo valore di livello costituzionale e non già la sintesi di una serie di valori che connotano il modo in cui, nel suo complesso, l'ordinamento deve far sì che il giudice si ponga di fronte alla *res iudicanda* (sent. n. 240 del 2003). Cfr. Sordi, P. «Il giusto processo civile» in *Corte Costituzionale – servizio di studi – STU 265*, Ottobre 2014, p. 24.

provvedimenti giurisdizionali ed e) contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati da organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge. Infine, i tre commi concernenti il «giusto processo penale» ne precisano i contenuti elencando i diritti spettanti ad ogni «persona accusata di un reato» (comma 3) e incentrano lo svolgimento del processo stesso sul «principio del contraddittorio nella formazione della prova» (comma 4). Tali principi, nel loro insieme, circoscrivono il perimetro all'interno del quale va ricercata la verità, quale condizione fondamentale di giustizia.

Parte della dottrina ritenne che l'unica vera novità introdotta dalla riforma costituzionale fosse il principio del contraddittorio inteso come metodo dialettico di formazione della prova⁵², in quanto gli altri principi erano già desumibili da altri precetti costituzionali e troppo specifici per essere introdotti nella Costituzione. Tali polemiche furono smorzate dall'allora Ministro per le riforme istituzionali, Giuliano Amato che, in occasione della discussione in Senato della riforma, evidenziò che: «il corpo del processo era fondamentalemente estraneo alla disciplina costituzionale, a differenza delle discipline costituzionali di altri ordinamenti, imperniate proprio sul principio del giusto procedimento» e proprio per questo: «restava fondamentalemente affidato, quasi per intero, alla legge ordinaria e all'evoluzione giurisprudenziale.» Era arrivato, dunque, il momento di «identificare, in modo più nitido, i principi-cardine che attengono alla disciplina del giudizio, anziché ricavarli dalle norme relative ai diritti delle persone e dalle scarse norme contenute nella Costituzione sulla decisione».⁵³

A proposito del principio del contraddittorio, che effettivamente coinvolse gran parte della discussione in Senato, va osservato che lo stesso viene, ad oggi, richiamato dai commi 2 e 4 dell'art. 111 nei suoi due aspetti essenziali: quello oggettivo e quello soggettivo. Ossia, come metodo di conoscenza e come garanzia dell'imputato. Secondo la classica definizione, tale canone postula che la decisione del giudice sia emanata *audita altera parte*. Il soggetto che subirà gli effetti di un provvedimento giurisdizionale deve essere messo in condizione di esporre le proprie difese, prima che il provvedimento stesso sia emanato. Il contraddittorio, nella sua accezione generale, configura, dunque, una garanzia oggettiva, funzionale ad assicurare che il giudice decida solo dopo aver ascoltato le parti, su ogni questione di cui è investito.

⁵² GIOSTRA, G., *Contraddittorio. II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, agg. 2001.

⁵³ Atti del Senato, seduta n. 594 del 18.2.1999, p. 24. Consultato il 3.10.2017 in: <http://leg13.camera.it>

Nel comma 4, che si riferisce esclusivamente al processo penale, il principio in oggetto è invece richiamato nel suo significato «specifico» di contraddittorio nella formazione della prova. Il legislatore ha inteso qui costituzionalizzare il metodo dialettico, quale miglior metodo per pervenire alla ricostruzione veritiera dei fatti e approdare ad una decisione giusta⁵⁴, «in quanto –scrive Taruffo– si ritiene più probabile che questa scaturisca dal libero gioco delle parti individualmente interessate a porla in evidenza, che non dall’iniziativa di un giudice che sarebbe mosso soltanto dal dovere d’ufficio»⁵⁵. La frase di Wigmore per cui la cross-examination «is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth»⁵⁶ non è che una tra le innumerevoli testimonianze della convinzione diffusa riscontrabile nella letteratura anglo-americana che tale istituto rappresenti il metodo giudiziale più efficace per la scoperta della verità.

A questo proposito può essere utile ricordare le parole del Senatore Pera⁵⁷ che, sempre in sede di discussione della riforma in Senato, dopo aver richiamato tutte le sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo secondo cui non può esserci prova a favore, né prova a carico, se non vi è un contraddittorio⁵⁸, affermò criticamente che:

Quando la Consulta ha introdotto il principio della conservazione degli elementi di prova, e lo ha fatto in funzione del fine del processo penale, che la Corte Costituzionale ha ritenuto essere la ricerca della verità, ha evidentemente leso il principio del contraddittorio. Chiamare elementi di prova o mezzi di prova quegli strumenti che non sono passati, ne passeranno mai, attraverso il contraddittorio, significa dare il nome di prova a ciò che prova non può essere, almeno se si ritiene ferma la scelta del rito accusatorio. Le sentenze della Corte sono nate in funzione di un’interpretazione restrittiva del diritto di difesa previsto dall’articolo 24 Cost., ma anche tenendo presente la funzione del processo penale italiano che, in certi momenti storici, è stato inteso talvolta come strumento per

⁵⁴ MEOLI, C. Il principio del giusto processo. Osservazioni di diritto comparato europeo, pp. 2 e ss. In: www.europeanrights.eu (visitato il 16/12/2019).

⁵⁵ TARUFFO, M., «La ricerca della verità nell’«adversary system» angloamericano» in *Rivista di diritto processuale*, 1977, pp. 596-634, a p. 598.

⁵⁶ Citato da Taruffo, *Ibidem*.

⁵⁷ Atti del Senato, seduta n. 592 del 18.2.1999, p. 22 – 24. Consultato il 3.11.2017 in: <http://leg13.camera.it>

⁵⁸ Ai sensi dell’art. 6 CEDU affinché un imputato possa essere dichiarato colpevole è necessario che tutti gli elementi a suo carico vengano prodotti in pubblica udienza così da garantire il contraddittorio e quindi l’esercizio del diritto di difesa: in particolare (par. 3 lett. d), all’imputato deve essere garantita la possibilità di contestare le testimonianze a carico e di interrogare i dichiaranti. Nello specifico, per l’art. 6 paragrafo 3: «Ogni accusato ha diritto di: [...] d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico». V., tra molte altre, le sentenze della Corte EDU: Van Geyselghem c/Belgio [GC], n. 26103/95, CEDU 1999-I, § 27, e Kamasinski c/Austria del 19 dicembre 1989, serie A n. 168, pp. 31-32, § 62.

combattere e far venir un fenomeno sociale, sia pur grave, come il terrorismo e la criminalità organizzata. Quello che si vuole introdurre in Costituzione sono le garanzie fondamentali e ribadire la scelta del rito accusatorio per il processo penale.

A scanso di equivoci, con diretto riferimento alla *vexata quaestio* dell'uso dei verbali investigativi, il comma 4 dell'art.111 prosegue precisando che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».⁵⁹

Il principio del contraddittorio non viene, comunque, affermato in modo assoluto e massimalistico. Il quinto comma dell'art. 111 costituzionalizza, infatti, tre eccezioni al contraddittorio nella formazione della prova, che devono essere previste per legge⁶⁰. Tali eccezioni rendono ragionevole il principio e tengono conto della necessità di contemperamento di interessi contrapposti. Il comma in questione stabilisce, infatti, che: «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita» (diretta ad esempio a minacciare un testimone). Si costituzionalizza, pertanto, «l'inutilizzabilità fisiologica a tutela della separazione funzionale tra le fasi, sancendo tassativamente le ipotesi in cui la prova può essere acquisita in forza di un contraddittorio implicito, ovvero in assenza di contraddittorio, qualora questo sia oggettivamente impossibile o inquinato.»⁶¹

⁵⁹ ZANIER, Maria Letizia. *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica. Ruolo, processi decisionali e modalità d'azione del pubblico ministero*. Franco Angeli, Milano, 2012, p. 81.

⁶⁰ Tale scelta appare, per altro, in linea con l'orientamento della Corte EDU sul punto. Come si legge nella Sent. Della Corte EDU del 10 aprile 2007, emanata nel caso Panarisi c/Italia (Ricorso n.° 46794/99) – F. G. 105,106: «In linea di principio, gli elementi di prova devono essere prodotti dinanzi all'imputato in pubblica udienza, ai fini di un contraddittorio. Tale principio soffre di alcune eccezioni, che possono però essere accettate soltanto con riserva dei diritti della difesa; di norma, i commi 1 e 3 d) dell'articolo 6 impongono di concedere all'imputato un'adeguata e sufficiente occasione per contestare una testimonianza a carico e per interrogarne l'autore, al momento della deposizione o successivamente (Lüdi c. Svizzera, sentenza del 15 giugno 1992, serie A n.° 238, p. 21, § 49, e Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, sentenza del 23 aprile 1997, Recueil 1997-III, p. 711, § 51). Come precisato dalla Corte più volte (vedi, tra l'altro, Isgro c. Italia, sentenza del 19 aprile 1991, serie A n.° 194-A, p. 12, § 34, e Lüdi succitata, p. 21, § 47), in alcune circostanze può essere necessario, per le autorità giudiziarie, ricorrere a deposizioni rese nella fase dell'istruttoria. Se l'imputato ha avuto un'adeguata e sufficiente occasione per contestare tali deposizioni, al momento in cui esse sono rese oppure successivamente, il loro utilizzo non contrasta di per sé con l'articolo 6 §§ 1 e 3 d). (Lucà succitata, § 40, A. M. c. Italia, n.° 37019/97, § 25, CEDH 1999-IX, e Saïdi c. Francia, sentenza del 20 settembre 1993, serie A n.° 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44). Il testo della citata sentenza è disponibile in lingua italiana al seguente link: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»:\[«001-150369»\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»:[«001-150369»]}) consultato il 2.01.2020.

⁶¹ GALANTINI, N. *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*. In: Atti del Convegno su «Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana», a cura del Centro di studi sulla giustizia, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Milano, Milano,

V. LA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Alcuni cenni merita, infine, il principio della ragionevole durata del processo, altro requisito fondamentale del *fair trial*. L'esigenza che il processo –qualsiasi tipo di processo, sia esso civile, penale, amministrativo, contabile o tributario– abbia una «durata ragionevole» è infatti un'esigenza avvertita in tutti i sistemi giuridici, poiché il tempo di risposta alla domanda di giustizia costituisce un fattore fondamentale per assicurarne la sua efficacia. Come sottolinea Zanier⁶²: «una giustizia tardiva rappresenta per molti aspetti una giustizia denegata». In campo penale, per esempio, le lunghe durate processuali si traducono in una serie di inconvenienti non trascurabili –come l'inutile procrastinare il momento in cui si sanzionerà il reo, o il mancato pronto riconoscimento dell'innocenza di chi non è colpevole– che ovviamente finiscono per pregiudicare gli effetti di deterrenza connaturati al sistema sanzionatorio penale e, in generale, contribuiscono a sminuire la percezione di efficacia della giustizia. Esagerate tempistiche processuali minano, del resto, all'affidabilità e la credibilità della giustizia anche dal punto di vista di vittime e testimoni di un procedimento penale. Questi, afflitti dall'eccessiva durata dei processi e magari costretti a reiterate comparizioni davanti alla corte, verosimilmente, finiranno per perdere fiducia e interesse nel sistema. Tra l'altro, testimonianze raccolte a distanza di mesi dal verificarsi di un fatto delittuoso potrebbero, per ovvie ragioni, mancare di particolari potenzialmente cruciali per ricostruire i fatti di causa. Da ultimo, le lunghe attese processuali incrementano i costi dei procedimenti, sia per lo Stato, sia per l'imputato e si pongono in contrasto con i diritti riconosciuti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.⁶³ Si pensi ad una giurisprudenza come quella riguardante l'eccessiva durata delle procedure

2011, p. 5. Anche tale scelta risulta in linea con l'orientamento della Corte Edu sul punto. Nella sentenza CEDU del 5.12.2002 emanata nella causa C&. c. Italia, al fondamento giuridico n. 86 si legge che: «in alcune circostanze, si rivela necessario, per le autorità giudiziarie, fare ricorso a deposizioni che risalgono alla fase delle indagini preliminari, soprattutto quando l'impossibilità di reitarle è dovuta a fatti oggettivi, quali la morte del loro autore (vedere, ad esempio, F&. e S&. c. Italia, sentenza del 7 agosto 1996, Recueil 1996-III, pagg. 950-951, § 52), o quando bisogna proteggere il diritto del testimone di mantenere il silenzio su circostanze che potrebbero comportare la sua responsabilità penale. Se l'accusato ha avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare simili deposizioni, nel momento in cui esse sono state formulate o successivamente, la loro utilizzazione non si urta di per sé con l'articolo 6 §§ 1 e 3 d). Ne consegue, tuttavia, che i diritti della difesa vengono limitati in maniera incompatibile con le garanzie dell'articolo 6 quando una condanna si fonda unicamente o in misura determinante sulle deposizioni rese da una persona che l'accusato non ha potuto interrogare o far interrogare né nella fase istruttoria, né durante il dibattimento (vedere Saïdi c. Francia, sentenza del 20 settembre 1993, serie A n.° 261-C, pagg. 56-57, § 43-44, L& c. Italia, sentenza del 27 febbraio 2001, n.° 33354/96, § 40)».

⁶² ZANIER, Maria Letizia. *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica... op. cit.* p. 86.

⁶³ *Ibidem*, p. 87.

fallimentari, con conseguente prolungarsi delle incapacità ed interdizioni che ne derivano per il fallito. L'eccessiva durata della procedura, per gli effetti che produce sulla gravità del pregiudizio patito dal ricorrente, produce violazione di diritti sostanziali, come ad esempio quelli previsti dall'articolo 8 della Convenzione. «E' dunque la durata che rompe l'equilibrio. Di conseguenza o si accelera la procedura per definirla in tempi ragionevoli, oppure devono cessare le limitazioni ai diritti del fallito.»⁶⁴

Nel caso italiano, l'esigenza di costituzionalizzare il principio della ragionevole durata nacque in risposta alla corposa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, a partire dagli anni '80⁶⁵, cominciò ad essere letteralmente «affogata» di ricorsi riguardanti la lentezza eccessiva dei processi italiani. L'esame di tali ricorsi impegnò la Corte europea in modo talmente assorbente da vedere in questo eccessivo, oltre che squilibrato impegno, un serio pericolo per la sua stessa funzionalità. Nel 1999, in ben quattro sentenze,⁶⁶ i giudici di Strasburgo constatarono che il fenomeno (ormai patologico) della lentezza della giustizia non solo penale, ma anche civile e amministrativa, in Italia, costituiva –e costituisce ancora oggi– una prassi ontologicamente incompatibile con la Convenzione. Secondo i giudici della Corte EDU, la criticità de «*le problème italien*» risultante dalle innumerevoli trasgressioni all'esigenza del « termine ragionevole » poneva in discussione la stessa riconoscibilità nel nostro ordinamento di un vero e proprio stato di diritto.⁶⁷

Fu così che tale principio venne introdotto nella nostra Costituzione, insieme alle altre garanzie processuali costituzionalmente rilevanti precedentemente analizzate. Evidente sul punto l'influenza della giurisprudenza della Corte Europea che, sebbene abbia sottolineato la centralità di tale principio quale vero e proprio «imperativo per tutti procedimenti» (sent. 28 giugno

⁶⁴ ZAGREBELSKY, V. «La ragionevole durata dei procedimenti» in *Archivio penale, fasc.3*, 2009, pp. 273-278, a p. 275.

⁶⁵ La prima condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia per l'irragionevole durata del processo penale è stata adottata il 10 dicembre 1982 nel Caso Foti, Lentini, Cenerini e Gulli contro Italia; seguono le sent. dei casi Corigliano contro Italia, 10 dicembre 1982; Luberti contro Italia, 23 febbraio 1984; mentre la prima condanna per l'irragionevole durata nell'ambito di un processo civile risale al 25 giugno 1986 nel caso Capuano contro Italia.

⁶⁶ Ci si riferisce ai casi: Bottazzi c. Italia; Ferrari c. Italia; Di Mauro c. Italia; A. P. N c. Italia; a seguito dei quali i giudici di Strasburgo constatarono l'esistenza in Italia di una prassi contraria alla Convenzione risultante da un cumulo di trasgressioni all'esigenza del « termine ragionevole ». cfr. *Trisorio Liuzzi, G.* «Il principio della ragionevole durata del processo». In: <http://www.docentilex.uniba.it> (visitato il 3/10/2017), p. 4.

⁶⁷ Sotto il profilo processuale, tale asserzione si è tradotta, oltre che in una forma di presunzione di colpevolezza dello Stato italiano, anche in un'inversione dell'onere della prova a carico dello Stato convenuto che, a partire da quel momento, avrebbe dovuto dimostrare che non si versava in una situazione riconducibile alla patologia della pratica incompatibile. *Ibidem*, p. 6.

1978, Konig c. Repubblica Federale Tedesca) per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, ha parimenti sottolineato che la celerità del processo non costituisce (né può costituire) comunque un valore assoluto (sent. 19 ottobre 2004, Makhfi c. Francia; sent. 28 novembre 2002, Lavents c. Lettonia) da realizzare ad ogni costo, ma richiede di essere temperato (bilanciato) con altri valori fondamentali, quali la garanzia del contraddittorio (sent. 18 febbraio 1997, Niderost-Huber c. Svizzera), del diritto di difesa (sent. 17 dicembre 1996, Vacher c. Francia) e l'esigenza di una corretta amministrazione della giustizia (sent. 1° agosto 2000, C. P. e altri c. Francia).⁶⁸ Se ne trae che l'obbligo costituzionale che il 2° comma dell'art. 111 Cost. impone al legislatore ordinario non è quello di perseguire la durata breve del processo o di attuare, *sic et simpliciter*, il processo breve, ma di assicurare la ragionevole durata del processo (costituzionalmente) «giusto», cioè del processo che comunque assicuri le altre garanzie processuali costituzionalmente rilevanti. Qualsiasi altra soluzione che non miri a questo risultato di fatto si rivela, per ciò che è: una sostanziale ed inequivocabile violazione del dettato costituzionale sia pure condotta in nome dell'affermata durata breve del processo. Ne consegue che la durata del processo che il legislatore ordinario determina attraverso la disciplina processuale non può essere né eccessivamente dilatata nel tempo da non rendere effettiva la tutela giurisdizionale, né eccessivamente limitata nel tempo da non assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa delle parti.⁶⁹

Va detto, inoltre, che il principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 della Cost., proprio come tutti gli altri principi canonizzati dall'art. 111 e riconducibili alla nozione di *fair trial*, non si rivolge ai singoli cittadini,⁷⁰ ma ha quali destinatari, da un lato, il legislatore, al quale impone di produrre una normativa idonea a consentire il celere svolgimento dei processi, dall'altro, i giudici della Consulta, ai quali attribuisce il potere di dichiarare incostituzionali tutte quelle disposizioni da cui conseguono tempi processuali eccessivamente lunghi. Diverso, invece, è il tenore letterario dell'art. 6 della Convenzione, che concepisce il diritto alla ragionevole durata del proces-

⁶⁸ CARRATTA, A. *Il processo (ragionevolmente) breve*, in *Treccani.it* – Enciclopedie on line, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

⁶⁹ Vale a dire che tale principio «deve essere letto alla luce dello stesso richiamo al connotato di «ragionevolezza», che compare nella formulazione normativa, in correlazione con le altre garanzie previste dalla Costituzione, a cominciare da quella relativa al diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.» (Corte cost. 22 giugno 2001, n. 204).

⁷⁰ Come affermò l'On. Pera in sede di discussione della riforma in Senato: «La scelta del legislatore di collocare le garanzie del giusto processo nella seconda parte della Costituzione le ha, di fatto, trasformate da diritti dei cittadini in norme generali sulla giurisdizione». Cfr. Zanotti, F. *La costituzionalizzazione...op.cit.*, p. 81.

so come un vero e proprio diritto soggettivo riconosciuto a tutti i cittadini degli Stati firmatari della Convenzione. Accanto al riconoscimento del diritto all'equo processo, la CEDU garantisce, infatti, un sistema di tutela per il singolo, il quale, in caso di violazione dell'art. 6 (o di ogni altra disposizione CEDU), potrà presentare ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per ottenere un'equa riparazione in virtù dell'art. 41 CEDU, previo esaurimento delle vie di ricorso interne (c.d. principio di sussidiarietà) ai sensi dell'art. 35 CEDU. Con questa previsione, la Convenzione ha inteso obbligare direttamente ciascuno Stato firmatario non solo a rispettare le norme in essa contenute ma ad assicurare, altresì, nell'ordinamento interno, l'effettiva attuazione e tutela di tali diritti, attraverso la predisposizione di «rimedi efficaci, accessibili ed adeguati», che garantiscono un processo che abbia una durata non superiore ad un *délai raisonnable*. Esemplari al riguardo furono le sentenze della Corte Europea sui casi: *Moreira de Azevedo* contro Portogallo del 23 ottobre 1990 e *Lombardo* contro Italia del 26 novembre 1992. In entrambe le sentenze si affermò esplicitamente che: «l'art. 6 della Convenzione obbliga gli Stati firmatari a organizzare il loro sistema di giustizia di modo che le Corti e i Tribunali possano assolvere ciascuno i propri compiti.»⁷¹. Ad ogni modo, l'inerzia del legislatore italiano dinanzi all'obbligo di risultato imposto con la ratifica della CEDU di adottare rimedi interni adeguati affinché il sistema giudiziario rendesse giustizia in tempi ragionevoli aumentò ulteriormente la mole di ricorsi presentati a Strasburgo contro lo Stato Italiano per violazione della ragionevole durata, anche a seguito della riforma costituzionale del 1999.

A fronte delle reiterate condanne da parte della Corte europea, il Legislatore italiano fu, allora, costretto ad intervenire varando la legge 24 marzo del 2001 n. 89 rubricata «*Previsione di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*», altrimenti nota come «legge Pinto» (dal nome del senatore che la propose). Con tale legge, il legislatore introdusse finalmente nel nostro ordinamento un rimedio interno che avrebbe permesso ai soggetti coinvolti in un processo eccedente il termine della ragionevole durata di proporre ricorso davanti alla Corte d'Appello competente per territorio per ottenere un'equa riparazione del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante dalla lesione di questo diritto. La legge in questione prevedeva, inoltre, che la Corte d'Appello, applicando la procedura camerale, si pronunciasse

⁷¹ Cfr. Falletti, E. «Il dibattito sulla ragionevole durata del processo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e lo Stato italiano», in *Revista de Ajuris*, 2006, n.101. Articolo disponibile in: <http://www.antonioacasella.eu> (consultato il 3.11.2017). p. 6.

entro quattro mesi⁷² dal deposito del ricorso con ordinanza immediatamente esecutiva ed impugnabile in Cassazione.

La legge Pinto fu, comunque, da molti definita una «disciplina tampone», in quanto prevedendo un rimedio interno che consentisse l'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo che il cittadino potesse far valere dinanzi al giudice nazionale, in realtà, mirava unicamente a deflazionare il numero dei contenziosi dinanzi alla Corte di Strasburgo. Il procedimento davanti alla Corte d'appello previsto dalla legge in questione avrebbe, infatti, operato come «filtro» per poter (eventualmente) adire la Corte Europea ai sensi dell'art. 35 della Convenzione e conformemente a quanto statuito dalla stessa Corte nel caso Brusco contro Italia.⁷³ Detto rimedio non incideva, tuttavia, né sulla struttura né sui tempi del processo, giacché non assicurava in alcun modo che i processi si sarebbero svolti in tempi più celeri.⁷⁴ Si trattava, in sintesi, di un espediente puramente indennitario che, operando a posteriori, è sempre stato inidoneo ad incidere sull'organizzazione del sistema giudiziario e sulle inefficienze dell'organico di magistrati e cancellieri assicurando il rispetto della durata ragionevole del processo secondo i dettami della CEDU.⁷⁵

Lungi dal risolvere sul piano strutturale interno l'annoso problema del rispetto del *délai raisonnable*, la l. Pinto si mostrò, peraltro, incapace di frenare effettivamente il proliferare dei ricorsi dinanzi alla Corte di Strasburgo. Se in un primo momento il rimedio parve in qualche modo adatto a concedere ristoro ai cittadini afflitti dai biblici tempi processuali della giustizia italiana, ben presto si assistette, infatti, al peculiare fenomeno della c.d. «Pinto sulla Pinto», cioè alla richiesta di risarcimento dinanzi ai Giudici di Strasburgo per il ritardo nella definizione non solo della prima causa che aveva originato il giudizio ex lege Pinto, ma anche della causa svolta sul detto ritardo. Una cir-

⁷² Trattasi di un termine non perentorio, ma ordinatorio, il cui superamento non incide, pertanto, sugli atti compiuti dopo la sua scadenza.

⁷³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Caso Brusco c. Italia – decisione del 06 settembre 2001 sulla ricevibilità del Ricorso n° 69789/2001. Disponibile in: <http://www.dirittiuomo.it> (consultato il 3.11.2017).

⁷⁴ Lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa riconobbe il valore meramente «simbolico» della l. Pinto. Cfr. Falletti, E. *Il dibattito sulla ragionevole durata... op.cit.*, p. 9.

⁷⁵ A differenza di quanto accaduto in Italia, in altri Paesi (si pensi alla Spagna e al Portogallo) anziché risolvere il problema della ragionevole durata del processo solo attraverso l'introduzione di una norma *ad hoc* a ristoro dei danni derivanti dalla violazione dell'art. 6 della convenzione, sono stati altresì privilegiati interventi strutturali tesi all'accelerazione complessiva dei tempi del processo. Una conclusione quest'ultima condivisa anche dalla Corte Europea di Strasburgo che ha sottolineato come «il miglior rimedio in assoluto è la prevenzione» e non il risarcimento dei danni, che può indurre a provocare deliberatamente ulteriori ritardi per conseguire non più una vittoria (ipotetica) nel processo, ma un titolo (certo) per richiedere il risarcimento per il ritardo (Grande Camera, Scordino c. Italia del 29 marzo 2006). Cfr. *Trisorio Liuzzi, G., op. cit.*, p. 31.

costanza, questa, che esasperava la frustrazione dei ricorrenti –costretti ad avviare un nuovo procedimento per ottenere concretamente il versamento delle somme loro riconosciute al termine del procedimento ex l. Pinto (giudizio di ottemperanza innanzi al TAR competente per territorio)– e finiva per rimettere in discussione l’effettività dello stesso rimedio.⁷⁶

Al fine di introdurre alcuni correttivi alla normativa contenuta nella l. 89/2001, nel 2012, il legislatore intervenne nuovamente, varando il decreto-legge del 22 giugno 2012, n. 83 recante misure urgenti per la crescita del Paese poi convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012 n. 134⁷⁷ che, accogliendo i suggerimenti della dottrina, riscrisse in buona parte la previgente disciplina. Restavano invariati i presupposti sui quali fondare la domanda di equa riparazione, ossia: l’irragionevole durata del procedimento e l’esistenza di un danno patrimoniale e non patrimoniale⁷⁸, ma molteplici furono le novità introdotte sul piano della disciplina sostanziale e sull’architettura del ricorso.

Con la riforma del 2012, il legislatore snellisce, innanzitutto, la struttura del procedimento: se in precedenza la Corte d’Appello decideva in composizione collegiale previa instaurazione del contraddittorio, decide oggi un giudice monocratico con decreto emanato *inaudita altera parte*, modellato sul procedimento per ingiunzione di pagamento. Ulteriori novità riguardano gli oneri probatori: mentre nel precedente assetto normativo, ai fini della proponibilità della domanda per equa riparazione, si reputava sufficiente l’allegazione (e la dimostrazione) da parte del ricorrente dei dati attestanti la sua posizione nel processo principale e spettava al giudice disporre, se del caso, l’acquisizione di tutti o di alcuni degli atti del procedimento, adesso, il 3° comma del nove-

⁷⁶ Emblematico al riguardo risulata il caso del sign. Simaldone, vittima di un procedimento dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale («il TAR») della Campania durato più di 10 anni solo in primo grado. Nella sentenza Simaldone c. Italia, a fronte delle istanze del ricorrente, che si lamentava dell’eccessiva durata della procedura «Pinto», la Corte giudicò «irragionevole, il procedimento italiano che impiegasse dodici mesi, al fine di liquidare l’equa riparazione per irragionevole durata di un procedimento civile.» Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. II, 31 marzo 2009, ric. n. 22644/03, Simaldone c. Italia. La sent. è stata consultata il 3.11.2017 sul sito: <http://www.osservatoriodedu.eu>

⁷⁷ Il testo completo del decreto-legge del 22 giugno 2012, n. 83 recante misure urgenti per la crescita del Paese (poi convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012 n. 134) è disponibile al seguente link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/08/11/12A08941/sg>. Consultato il 4.01.2020.

⁷⁸ In un primo momento, la Corte di Cassazione, discostandosi dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, richiedeva la prova del danno non patrimoniale, sia nella sua quantificazione che nella sua esistenza, in quanto «il diritto alla ragionevole durata del processo non era considerato un diritto fondamentale della persona direttamente tutelato da norme costituzionali ma trovava la sua fonte a livello di legge ordinaria» (Cass. 8 agosto 2002, n. 11987). Detto contrasto giurisprudenziale è stato superato con l’intervento delle Sezioni unite che, con quattro sentenze gemelle, hanno precisato che il danno non patrimoniale «è una conseguenza presunta della violazione della ragionevole durata del processo e come tale, non necessita di alcun sostegno probatorio.» (Cass. 26 gennaio 2004 n. 1338, 1339, 1340, 1341). Cfr. *Trisorio Liuzzi, G. Il principio della ragionevole durata. Op. cit. p. 34.*

llato artículo 3 di cui alla l. 89/01 stabilisce che, unitamente il ricorso, deve essere depositata copia autentica (non già copia semplice attinta dal fascicolo di ufficio) degli atti introduttivi, dei verbali di causa e del provvedimento che ha definito il giudizio.⁷⁹ Peraltro, il decreto-legge del 22 giugno 2012, n. 83, all'art. 2 comma 2 *quinquies*, tipizza i casi in cui non è possibile chiedere e ottenere alcun indennizzo⁸⁰ e, al successivo artículo 2-bis, introduce parametri fissi sia sul quantum risarcitorio che sui tempi di durata ragionevole del giudizio, stabilendo che «*Il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che ecceda il termine ragionevole di durata del processo*». Dopo aver definito «aritmeticamente» i tempi di durata ragionevole del processo, lo stesso comma prosegue puntualizzando i criteri ai quali il giudice deve attenersi per accertare la violazione, ossia: la complessità del caso; l'oggetto del procedimento; il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento; nonché, quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione. E, *dulcis in fundo*, al comma 5 *quater* dell'art.5, si dispone che qualora la domanda sia, agli occhi del giudicante, inammissibile o manifestamente infondata, il ricorrente potrà essere condannato al pagamento di una somma non inferiore a 1.000,00 euro e non superiore a 10.000,00 euro in favore della Cassa delle Ammende. Infine, recependo quanto elaborato dalla giurisprudenza CEDU sul punto, si novellò anche l'art. 4 della l. 89/01 limitando la proponibilità del ricorso *ex l. Pinto* solo ad un momento successivo all'intervenuta definizione del giudizio in tutti i gradi dello stesso⁸¹.

E' possibile, pertanto, cogliere la principale novità della riforma: se nel sistema anteriore la domanda di equa riparazione poteva proporsi anche in

⁷⁹ TRISORIO LIUZZI, G, *op.cit.* p. 22.

⁸⁰ L'art. 2-*quinquies*, legge 24 marzo 2001, n. 89 (come modificata dalla l. 7 agosto 2012, n. 134) stabilisce che: *Non è riconosciuto alcun indennizzo: a) in favore della parte soccombente condannata a norma dell'articolo 96 del codice di procedura civile (per lite temeraria); b) nel caso di cui all'articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile (ovvero, qualora la domanda del ricorrente sia stata accolta in misura non superiore alla proposta conciliativa; c) nel caso di cui all'articolo 13, primo comma, primo periodo, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa); d) nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione connessa a condotte dilatorie della parte; e) quando l'imputato non ha depositato istanza di accelerazione del processo penale nei trenta giorni successivi al superamento dei termini cui all'articolo 2-bis; f) in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento.*

⁸¹ L'art. 4, legge 24 marzo 2001, n. 89 (come modificata dalla l. 7 agosto 2012, n. 134) e' sostituito dal seguente artículo 4 (Termine di proponibilità): 1. *La domanda di riparazione puo' essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento e' divenuta definitiva.*

pendenza del procedimento che aveva originato la (presunta) violazione del *délai raisonnable*, a seguito della citata novella normativa, la proponibilità di tale domanda presuppone, invece, l'irretrattabilità della decisione. Ai sensi della disciplina risultante dalla l. 7 agosto 2012 n. 134 –successivamente dichiarata incostituzionale dalla recente sentenza della Corte Cost. n. 88/2018 di cui si dirà più avanti– non poteva, pertanto, agire per l'equa riparazione chi lamentasse l'eccessiva durata di un processo che non si fosse ancora concluso, nemmeno nel caso in cui la durata del procedimento in corso fosse già irragionevole sin dal primo grado, (art. 55 comma 1, lett. del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83). Una scelta piuttosto discutibile, sebbene evidente fosse il fine del legislatore che, se da un lato mirava a ridurre il carico delle domande proposte alle Corti d'Appello, dall'altro, desiderava evitare che il medesimo ricorrente potesse frazionare in più volte la propria pretesa causando un evidente aggravio per le risorse statali destinate all'equa riparazione.

Il 18 marzo 2013, la I sez.civ. della Corte d'appello di Bari, presieduta dal giudice Gaeta, sollevò d'ufficio questione di legittimità costituzionale del nuovo testo dell'art. 4 della l. Pinto, come risultante dalla sostituzione operata dall'art. 55 comma 1, lett. d) del citato Decreto, ordinando la sospensione del giudizio in corso e la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale⁸². Secondo il giudice *a quo*, il nuovo testo dell'art. 4 si poneva, innanzitutto, in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto l'indennizzo poteva essere richiesto solamente da chi lamentasse l'eccessiva durata di un processo già terminato, ma non poteva agire per l'equa riparazione chi lamentasse l'eccessiva durata di un processo non ancora concluso malgrado tale durata fosse già irragionevole. A parere del giudice di II grado, la lesione del diritto alla ragionevole durata era in quest'ultimo caso «*ictu oculi* più grave», giacché precludeva l'esperibilità del rimedio in relazione ai cosiddetti «processi presupposti», non ancora definiti ma già di durata irragionevole. Con riferimento ad essi, la parte danneggiata avrebbe potuto soltanto rivolgersi alla Corte EDU per ottenere il risarcimento; circostanza questa, che non ridimensionava di certo la problematica dell'eccessiva durata dei processi, né diminuiva il numero dei ricorsi presentati dinanzi alla stessa Corte. Ad avviso del giudice *a quo*, inoltre, la norma censurata violava l'art. 111, secondo comma, Cost., «in quanto il diritto di agire per l'equa riparazione costituisce ormai una forma di attuazione indiretta del diritto alla ragionevole durata del processo presupposto».⁸³

⁸² Il testo dell'ordinanza Corte d'Appello di Bari, I Sez. Civ., 18 marzo 2013 è disponibile sul sito: <http://www.ilsole24ore.com> (consultato il 3.11.2017).

⁸³ Il testo della sent. della Corte Costituzionale, del 24 febbraio 2014 n. 30 è disponibile al link: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (consultato il 13.07.2018).

Con sent. del 24 febbraio 2014 n.30, il Supremo interprete della Costituzione si pronunciò sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Bari e concluse che, sebbene la questione fosse inammissibile nei termini in cui era stata sollevata dal ricorrente, sotto il profilo oggetto di censura, il rimedio interno come attualmente disciplinato dalla legge Pinto, risultava effettivamente carente. A supporto di una simile conclusione, la Corte Costituzionale rinviò alla costante giurisprudenza della Corte EDU in materia e, in particolare, alla sent. del 21 luglio 2009, pronunciata nel giudizio Lesjak contro Slovenia, in cui la stessa Corte aveva affermato che: «Il differimento dell'esperibilità del ricorso alla definizione del procedimento in cui il ritardo è maturato ne pregiudica l'effettività rendendolo incompatibile con i requisiti al riguardo richiesti dalla Convenzione». Tale circostanza rendeva conveniente un nuovo intervento da parte del legislatore per garantire l'effettività del rimedio *ex lege* Pinto, che i giudici della Consulta solleccitarono.

Il risultato fu che, all'indomani della riforma operata con legge 134/2012, il legislatore intervenne nuovamente sulla l. Pinto con l. n.208 del 28.12.2015 (legge di stabilità del 2016⁸⁴), inserendo rilevanti novità volte a «razionalizzare i costi conseguenti alla violazione del termine di ragionevole durata dei processi» (così l'incipit dell'art. 1, comma 777, della citata legge n. 208). La novità più eclatante di questa riforma consiste sicuramente nell'introduzione dei rimedi c.d. preventivi⁸⁵ (introdotti ai nuovi artt. 1bis e 1ter), che rendono la domanda di equa riparazione inammissibile se fatta valere da chi non abbia esperito detti rimedi.

La scelta del legislatore di introdurre dei rimedi preventivi –differenti in base alla tipologia di processo (civile, penale, amministrativo, contabile e pen-

⁸⁴ Il testo completo della Legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato è disponibile al seguente link: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/12/30/15G00222/sg>. Consultato il 4.01.2020.

⁸⁵ In particolare, l'art.2 comma 777 della citata legge di stabilità stabilisce che: a) *nel processo civile costituisce rimedio preventivo l'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento sommario ex articolo 702 bis c.p.c.; nelle cause introdotte con citazione costituisce altresì rimedio preventivo formulare richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario a norma dell'art. 183 bis c.p.c.; e, nelle cause nelle quali non si applica il rito sommario, ivi compreso il giudizio di appello, costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale ex articolo 281 sexies c.p.c.* b) *per il processo penale costituisce rimedio preventivo un'apposita istanza di accelerazione che l'imputato e le altre parti del processo penale hanno diritto di depositare, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'art. 2, comma 2-bis (nuovo articolo 1-ter comma 2); c) per il processo amministrativo costituisce rimedio preventivo l'istanza di prelievo, con la quale la parte segnala l'urgenza del ricorso, prevista dall'art. 71, comma 2, c.p.a., da presentare almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'art. 2, comma 2-bis; d) per il processo contabile, pensionistico e di cassazione costituisce rimedio preventivo un'istanza di accelerazione presentata, rispettivamente, almeno 6 e 2 mesi prima della scadenza del termine di ragionevole durata (nuovo articolo 1-ter commi 4, 5 e 6).*

sionistico)– come deterrenti ai ricorsi ex l. Pinto appare, tuttavia, poco condivisibile: la norma potrebbe, infatti, indurre i difensori a richiedere il rito sommario anche in casi in cui esso non garantisca adeguatamente i diritti dell’assistito unicamente per evitare responsabilità professionali: «Va bene scoraggiare comportamenti dilatori e abusi delle parti, ma orientare le tattiche processuali e il lavoro dei difensori è quanto mai inopportuno.»⁸⁶ Non stupisce, pertanto, che in ben quindici ordinanze⁸⁷ di contenuto sostanzialmente identico –emesse in relazione ad altrettanti recentissimi ricorsi per cassazione avverso sentenze di Corti di appello che, in ragione della mancata presentazione di una «istanza di prelievo» nei processi amministrativi presupposti, avevano dichiarato improponibili le corrispondenti domande di equa riparazione per l’irragionevole durata dei processi medesimi– la Corte di cassazione, sezione seconda civile, ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, abbia sollevato in via incidentale questione di legittimità costituzionale dell’art. 54, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e successivamente modificato – nella parte in cui dispone che «[l]a domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione di cui all’articolo 2, comma 1, della legge Pinto, non è stata presentata l’istanza di prelievo di cui all’articolo 71, comma 2, del codice del processo amministrativo», ritenendo che tale disposizione si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU (risultante, in particolare dalle sentenze 2 giugno 2009, nel caso Daddi contro Italia, e del 22 febbraio 2016, nel caso Olivieri contro Italia) e, per interposizione, con l’art. 117, primo comma, Cost., poiché il diritto della parte ad ottenere l’equa riparazione per la

⁸⁶ MASSARA, W., *Ragionevole durata del processo: dialogo tra giudice nazionale, Corte di Giustizia UE e CEDU* – in: <http://www.altalex.com> (visitato il 3/10/2017), p. 3.

⁸⁷ In particolare, nei giudizi incidentali promossi dalle ordinanze iscritte ai numeri 16, 17, 18, 23, 24 e 25 r.o. 2018, si sono costituite –con distinti atti di analogo contenuto– le parti private ricorrenti nei processi a quibus, le quali hanno tutte concluso per la fondatezza della questione sollevata e, nei giudizi relativi alle ordinanze numeri 16, 17 e 18 e 25, hanno ulteriormente illustrato con memoria tale conclusione. La memoria della parte ricorrente nel giudizio da ultimo indicato, a conforto dell’asserita natura «sistemica» della violazione accertata dalla sentenza della Corte EDU Olivieri e altri, ha, in particolare, sottolineato come «il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, organo deputato alla supervisione sull’esecuzione delle sentenze rese dalla Corte europea ai sensi dell’art. 46, par. 2, CEDU, [abbia] ritenuto di applicare all’esecuzione della sentenza Olivieri una procedura c.d. rafforzata («enhanced procedure»), in quanto rientrante nella categoria dei c.d. «leading cases», ed abbia conseguentemente invitato il Governo italiano a fornire informazioni sulle misure adottate al fine di porre rimedio alla riscontrata «ineffettività» del «rimedio Pinto» nei casi di eccessiva durata di processi amministrativi. STC N. 34 del 6 febbraio – 6 marzo 2019, si veda il punto 1.1. dei fondamenti di fatto.

violazione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 89 del 2001 (cosiddetta «legge Pinto») risulterebbe impedito dal prescritto (ed ineludibile) assolvimento della suddetta condizione di proponibilità, ancorché l'istanza di prelievo non sia idonea a consentire una efficace accelerazione della decisione di merito in ordine ai ricorsi formulati ai sensi dell'art. 3 della legge n. 89 del 2001.

Con sentenza n. 34 del 6 febbraio – 6 marzo 2019 la Corte Costituzionale ha, pertanto, dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma sopracitata, puntualizzando che: «la mancata presentazione di un'istanza di prelievo in sede amministrativa può assumere rilievo ai fini della quantificazione dell'indennizzo ex lege n. 89 del 2001, ma non può, viceversa, condizionare la proponibilità della correlativa domanda, senza con ciò venire in contrasto con l'esigenza del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata, garantita dai parametri convenzionali elaborati in seno alla Corte EDU, la cui violazione comporta, appunto, per interposizione, quella dell'art. 117, primo comma, Cost.» A sostegno di una simile conclusione, i giudici della Consulta rinviando, anche in questo caso, alla costante giurisprudenza della Corte EDU in materia secondo cui: «i rimedi preventivi, volti ad evitare che la durata del procedimento diventi eccessivamente lunga, sono ammissibili, o addirittura preferibili, eventualmente in combinazione con quelli indennitari, ma ciò solo se «effettivi» e, cioè, nella misura in cui velocizzano la decisione da parte del giudice competente.»⁸⁸

Con più specifico riferimento alla disposizione ora in esame, con sentenza del 2 giugno 2009, nel caso Daddi contro Italia, i giudici di Strasburgo –pur dichiarando il ricorso inammissibile per il mancato esperimento del rimedio giurisdizionale interno– avevano preannunciato che una prassi interpretativa ed applicativa dell'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, nel testo antecedente alla modifica di cui al d.lgs. n. 104 del 2010 –che avesse avuto come effetto quello di opporsi all'ammissibilità dei ricorsi ex lege Pinto (relativi alla durata di un processo amministrativo conclusosi prima del 25 giugno 2008), per il solo fatto della mancata presentazione di un'istanza di prelievo– avrebbe privato sistematicamente alcune categorie di ricorrenti della possibilità di ottenere una riparazione adeguata e sufficiente.

Più di recente, con la sentenza del 22 febbraio 2016, nel caso Olivieri e altri contro Italia, la Corte EDU ha nuovamente affrontato il problema dell'effettività del rimedio nazionale ex lege Pinto, soggetto alla condizione di proponibilità dell'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008 e, esaminando dia-

⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, grande Camera, sentenza 29 marzo 2006, Scordino contro Italia.

cronicamente tale disposizione fino al testo scaturito dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 104 del 2010, ha conclusivamente ritenuto che la procedura nazionale per lamentare la durata eccessiva di un giudizio dinanzi al giudice amministrativo, risultante dal combinato disposto della «legge Pinto» con la disposizione stessa, non possa essere considerata un rimedio effettivo ai sensi dell'art.13 della CEDU. Cio' soprattutto sul rilievo che il sistema giuridico nazionale non prevede alcuna condizione volta a garantire l'esame dell'istanza di prelievo.

Analogamente, nella sentenza n. 169 del 10 luglio 2019, la Corte Cost. italiana si è pronunciata su quattro ordinanze di contenuto sostanzialmente identico (iscritte ai numeri 51, 52, 53 e 68 del r.o. 2018), emesse nel corso di altrettanti procedimenti di impugnazione dei decreti con i quali la Corte distrettuale competente aveva rigettato l'opposizione avverso la declaratoria di diniego del diritto ad ottenere un'equa riparazione per l'irragionevole durata dei rispettivi giudizi penali, per non avere, la parte interessata, presentato «istanza di accelerazione» nel termine di legge. Con un ragionamento analogo a quello seguito nella sentenza sopracitata in merito all'istanza di prelievo nel processo amministrativo, i giudici della Consulta hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale anche del comma 2-quinquies, lettera e) dell'art. 2, della legge Pinto (come modificata dalla legge del 7 agosto 2012, n. 134) che non riconosce alcun indennizzo quando l'imputato non ha depositato istanza di accelerazione nel processo penale nei trenta giorni successivi al superamento dei termini di durata ragionevole. Come si legge nella sent. in questione: «Nel contesto della disposizione qui censurata, la suddetta istanza, non diversamente dall'istanza di prelievo nel processo amministrativo, non costituisce infatti un adempimento necessario ma una mera facoltà dell'imputato e non ha efficacia effettivamente acceleratoria del processo, atteso che questo, pur a fronte di una siffatta istanza, può comunque proseguire e protrarsi oltre il termine di sua ragionevole durata, senza che la violazione di detto termine possa addebitarsi ad esclusiva responsabilità del ricorrente.»⁸⁹

Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, si deve concludere che nemmeno le «rilevanti novità volte a razionalizzare i costi conseguenti alla violazione del termine di ragionevole durata dei processi» inserite nella legge di stabilità del 2016 hanno sortito l'effetto desiderato di ridurre né i tempi, né i costi pubblici, che continuano ancora oggi a lievitare⁹⁰. Nonostante i ripetuti

⁸⁹ C. Cost. Sent. 169/2019, parte motiva n. 4.2.

⁹⁰ Inoltre, in luogo dell'indennizzo in precedenza fissato (da 500,00 a 1.500,00 euro per anno, o frazione di anno superiore ai sei mesi, di eccedenza sulla durata ragionevole del processo) il nuovo articolo 2-bis co. 1° fissa ad oggi un range compreso fra i 400,00 e gli 800,00 euro per anno o frazione di

moniti della Corte cost. permangono nel nostro sistema i vuoti legislativi su evidenziati. Tali correttivi hanno lasciato, peraltro, inascoltato il dettato della Corte di sanare il *vulnus* emerso nella pronuncia sopracitata della Corte Cost. n. 30 del 2014, che ravvisava nel differimento dell'esperibilità del rimedio Pinto all'esito del giudizio presupposto una chiara violazione del principio di uguaglianza. Di conseguenza, il 26 aprile 2018⁹¹, la Corte Costituzionale italiana fu chiamata nuovamente a pronunciarsi sul controverso articolo 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89 modificato nel 2012 con decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 – e a dichiararlo (finalmente) incostituzionale nella parte in cui prevedeva che la domanda di riparazione potesse essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento sia divenuta definitiva. Nella sentenza citata, il Supremo interprete della Costituzione concluse che «rinviare alla conclusione del procedimento presupposto l'attivazione dello strumento volto a rimediare alla sua lesione, seppur a posteriori e per equivalente, significa inevitabilmente sovvertire la ratio per la quale lo stesso strumento è stato concepito, connotando di irragionevolezza la relativa disciplina» posto che: «i rimedi introdotti non sono destinati a operare in tutte le ipotesi –tra cui quelle al vaglio nei giudizi a quibus– nelle quali la durata del processo abbia superato la soglia della ragionevolezza». Pertanto: «di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa –tanto più se attinente a diritti fondamentali– spetterà da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo

anno, prevedendo, tuttavia, una serie di correttivi in aumento per i casi in cui il ritardo si sia eccessivamente prolungato, potendo la somma liquidata essere in tali casi aumentata sino al 20 per cento per gli anni successivi al terzo e sino al 40 per cento per gli anni successivi al settimo. Le anzidette soglie appaiono, in ogni caso, nettamente inferiori agli standard determinati dalla Corte di Strasburgo e rischiano di non risultare coperte dal *marge d'appréciation* riservato alla legislazione nazionale.

⁹¹ La Sent. della Corte Cost. n. 88 del 26 aprile 2018 fu pronunciata in risposta alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione, sezione sesta civile, in riferimento al parametro della ragionevolezza, del diritto d'azione, del principio della ragionevole durata del processo, così come previsto dagli artt. 111 della Costituzione e nell'art. 6 della CEDU. Il giudizio aveva avuto origine da alcuni ricorrenti che si erano rivolti alla Corte d'appello di Perugia per ottenere l'equa riparazione del danno non patrimoniale loro derivato dall'irragionevole durata del giudizio instaurato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio in data 13 marzo 1997 e definito con decreto di perenzione del 14 gennaio 2013. L'adita Corte d'appello aveva dichiarato la domanda inammissibile, pronuncia confermata dalla medesima Corte d'appello in sede di opposizione, atteso che il decreto di perenzione non era ancora divenuto definitivo e, perciò, i ricorrenti si erano visti precludere l'accesso alla tutela indennitaria. La Corte di Cassazione, richiamando la precedente pronuncia n. 30 del 2014, censurò l'art. 4 della l. Pinto e invocò una pronuncia additiva, individuando nel precetto in questione un *vulnus* costituzionale non sanabile in via ermeneutica. Corte Costituzionale, sentenza 26 aprile 2018 n. 88, consultata il 10/05/2018 in: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=88>

più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

VI. CONCLUSIONI

Il vivace dibattito sorto intorno alla l. Pinto offre un interessante spunto di riflessione sullo stato generale della nostra giustizia, che ancora oggi registra gravi mancanze, soprattutto sotto il profilo delle tempistiche processuali, nonostante i ripetuti moniti della Corte Costituzionale e le numerose sentenze di condanna inflitte allo Stato italiano dai giudici di Strasburgo. «Pur non essendo esatto che la lentezza del processo sia la zavorra dell'economia italiana, è però sicuro che questo inconveniente faccia lievitare enormemente i costi del processo stesso, che non sono solo economici, ma anche sociali e individuali.»⁹² Una giustizia tardiva è una giustizia che lede il diritto di difesa e svuota di significato la locuzione stessa di giusto processo, poiché il processo –insisto– deve avere una durata «ragionevole» per potersi meritare l'appellativo di «giusto». Il diritto «procedurale» alla ragionevole durata del procedimento è, inoltre, connesso agli altri diritti sostanziali, cosicché alla violazione del primo si aggiunge la violazione dei secondi.⁹³

Fra le implicazioni attribuibili al principio del «giusto processo» vi è ad ogni modo la rincuorante considerazione che le sue radici storiche sopranazionali consentono di superare la chiusura dell'ordinamento nazionale alle normative convenzionali per dare ingresso, nella nostra cultura giuridica, agli insegnamenti offerti dalla giurisprudenza della Corte europea come elementi interpretativi nella determinazione delle conseguenze che da quella nozione discendono. Di qui, è possibile trarre alcune valutazioni finali.

In primis, bisognerà risaltare che quanto più alto è il grado di effettività delle garanzie sostanziali e processuali fin qui descritte (e in particolare, del principio di determinatezza della legge, della materialità e dell'offensività delle figure di reato nell'ambito penale, così come dell'onere accusatorio della prova, del contraddittorio e dei diritti della difesa), tanto più alto risulterà il grado di legittimazione della giurisdizione, poiché tanto più rigida e certa sarà la separazione tra *legislatio* e *jurisdictio*, ossia il confine tra giurisdizione e politica, in cui si sostanzia l'indipendenza del potere giudiziario. E se è vero

⁹² TRIA, Lucia. *La funzione di nomofilachia della Corte di cassazione alla luce dei principi del giusto processo di derivazione europea nonché del principio costituzionale di razionalità-equità*, in: <http://www.europeanrights.eu> (visitato il 3/10/2017), p.11.

⁹³ ZAGREBELSKY, V. La ragionevole durata dei procedimenti.... *op.cit.*, p. 275.

che l'indipendenza è un connotato necessario delle funzioni di garanzia e che «non c'è garanzia dei diritti senza giudici indipendenti»⁹⁴, è anche vero, inversamente, che «la riduzione o l'ineffettività delle garanzie si risolve sempre in una riduzione della legittimità del potere giudiziario agli occhi dei cittadini.»⁹⁵ Come ben ricorda il già citato Ferrajoli⁹⁶:

«Solo se i cittadini avvertiranno i loro giudici come garanti dei loro diritti, avvertiranno anche la loro indipendenza come una loro garanzia. Per questo, ogni volta che un giudice o un pubblico ministero commettono un abuso o violano la legge, ogni volta che condannano un innocente, essi minano la legittimità delle loro funzioni e attentano al fondamento stesso della loro indipendenza. Giacché esiste un nesso biunivoco tra indipendenza e legittimazione delle funzioni di garanzia da un lato e, dall'altro, il rigoroso rispetto delle garanzie preposte al loro esercizio.»

Secondo il filosofo di Camerino, ciò che si richiede in forza della natura tendenzialmente cognitiva della giurisdizione e del suo ruolo di garanzia dei diritti delle persone, è, pertanto, la fiducia dei cittadini nei confronti del sistema giudiziario nel suo complesso: «fiducia nell'imparzialità di giudizio dei giudici, fiducia nella loro onestà e nel loro rigore intellettuale e morale, fiducia nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio». Il potere giudiziario è infatti «un potere-sapere, tanto più legittimo quanto maggiore è il sapere, tanto più illegittimo quanto maggiore è il potere. E tutte le garanzie giurisdizionali –quelle ordinamentali, come quelle sostanziali e processuali– sono garanzie di verità oltre che di libertà.»⁹⁷ Per contro, ciò che delegittima la giurisdizione è non tanto il dissenso o la critica, che sono sempre legittimi e operano come fattori di responsabilizzazione, ma «la sfiducia nei giudici e peggio ancora la paura generata dalla mancanza di garanzie o, peggio, dalle violazioni di legge proprio da parte di chi è chiamato ad applicare la legge. È questa paura che fa del potere giudiziario quello che Montesquieu chiamò un «terribile potere». E la paura è sempre un segno di fallimento della giurisdizione»⁹⁸, poiché fa sì che la giustizia sia percepita come un potere arbitrario perché imprevedibile, per l'assenza o la violazione delle garanzie sostanziali o processuali. Sono i giudici, dunque, che per primi dovrebbero, a tu-

⁹⁴ FERRAJOLI, L. *Giurisdizione e Consenso...op.cit.*, p. 9.

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ *Ibidem.*

tela di tale legittimazione e perciò della loro indipendenza, difendere le garanzie esistenti e richiederne il rafforzamento.⁹⁹

Purtroppo, però, non sempre è stato così. Per lungo tempo l'Associazione nazionale dei magistrati italiani si è opposta a riforme garantiste, come dimostrano le difficili vicende sorte in merito all'introduzione del contraddittorio nel processo penale fin dalla fase istruttoria, o le resistenze opposte a stabilire una netta separazione tra magistrati della pubblica accusa e magistrati giudicanti. E questo atteggiamento dei giudici – questo loro timore delle garanzie – ha certamente ridotto la fiducia dei cittadini nella giurisdizione. In più, se si osserva il fenomeno complessivo di un'amministrazione della giustizia che strutturalmente e regolarmente non risponde alla esigenza di assicurare alla domanda di giustizia esiti che possano essere ritenuti ragionevolmente celeri, la gravità della violazione del diritto del singolo alla ragionevole durata del procedimento che la riguarda assume ben altra portata. Dal pregiudizio patito dalla singola vittima si passa alla crisi del intero sistema disegnato dalla Convenzione europea dei diritti umani.¹⁰⁰

Sebbene molti passi siano stati fatti in ambito procedimentale, ciò che serve alla giustizia italiana sono, allora, riforme strutturali che non si limitino a novellare i codici di procedura, ma incidano anche sui versanti organizzativo e culturale. Per abbattere i biblici tempi processuali bisognerebbe, per esempio, rimediare alle cancellerie dei tribunali vuote in prossimità dei giorni festivi; alle aule occupate inutilmente per giudizi rinviati d'ufficio all'ultimo momento e a piacimento dei giudici; agli abusi degli avvocati nell'impiego dei rimedi indennitari introdotti dal legislatore (come nel caso della L. Pinto) e agli abusi di tutto il personale a servizio della giustizia, in generale.

Il cambio della nostra cultura giuridica deve avvenire «ora», essendosi oltrepassato, al di là di ogni ragionevole limite, il tempo del «non ancora».¹⁰¹ Ed è proprio rafforzando le sinergie esistenti fra il nostro sistema e quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e adeguando i parametri nazionali agli standard europei e internazionali, che la locuzione di giusto processo potrà acquisire un significato concreto anche nella cultura giuridica italiana. Cruciale è, pertanto, il compito del legislatore nel cercare di porre dei correttivi a problemi strutturali del sistema come quelli che si è tentato di evidenziare fin qui. Ma altrettanto cruciale sarà il compito dei giudici italiani, chiamati a di-

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ ZAGREBELSKY, V., *op.cit.*, p. 276.

¹⁰¹ CHINNICI, D. «Verso un «giusto processo» di appello: se non ora, quando?, Dalla irriducibile staticità nello *ius positum* italiano al dinamismo cognitivo nel «diritto vivente» europeo» in *Archivio Penale* 2012, n. 3, pp. 1-17, p. 17.

sapplicare tutte quelle norme che non garantiscano l'effettività di un processo *equitable* e si pongano in qualche modo in contrasto con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Non dimentichiamo che il sistema della Convenzione si regge sul principio che la protezione dei diritti e delle libertà convenzionali è, prima di tutto, obbligo delle autorità nazionali. Solo sussidiario è l'intervento della Corte europea (articolo 35/1 Convenzione). Che al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali vegliano, insomma, i giudici interni, nella speranza che i loro moniti non restino ancora per lungo tempo inascoltati dal Legislatore.

VIII

BESCHULDIGTENRECHTE IM STRAFVERFAHREN: IMPLIKATIONEN DES EU RECHTS FÜR DIE DEUTSCHE RECHTSORDNUNG

DR. EVA-MARIA POPTCHEVA
Analista Política del Parlamento Europeo¹

SUMARIO: I. *Die Mehrstufigkeit des Europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.*–II. *Europäischer Haftbefehl.* 2.1 *Erster Rahmenbeschluss, 2002.* 2.2 *Zweiter Rahmenbeschluss, 2009.*–III. *Recht auf Anwalt, Richtlinie 2013/48/EU.*–IV. *Recht auf Information im Strafverfahren, Richtlinie 2012/13/EU und Recht auf Dolmetschen und Übersetzung im Strafverfahren, Richtlinie 2010/64/EU.*–V. *Richtlinie 2016/343/EU: Unschuldigkeitsvermutung, Recht auf Anwesenheit im Verfahren.*–VI. *Fazit.*

I. DIE MEHRSTUFIGKEIT DES EUROPÄISCHEN RAUMS DER FREIHEIT, DER SICHERHEIT UND DES RECHTS

Die Europäische Union unternimmt seit geraumer Zeit Anstrengungen, das gegenseitige Vertrauen in einen gemeinsamen Rechtsraum zu stärken wie es der Europäische Rat im Stockholmer Programm beschlossen hatte. Die Verfahrensrechte sollten dem folgen, nachdem einige Maßnahmen im Bereich der grenzübers-

¹ Alle hier enthaltenen Meinungen sind die der Autorin und repräsentieren in keiner Weise die des Europäischen Parlaments.

chreitenden Strafverfolgung angenommen wurden, um einen Ausgleich zwischen den Verfahrens- und materiellen Rechten der Beschuldigten zu schaffen.

Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts charakterisiert sich durch einen hohen Grad von verfassungsrechtlicher Mehrstufigkeit, indem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und- traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden. Dadurch wird die allgemeine Maßgabe des Artikels 4 Abs. 2 EUV bekräftigt, wonach die Europäische Union die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten achten muss. Dies ist im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts von besonderer Bedeutung da vor dem Hintergrund von Souveränitätsgesichtspunkten strafrechtliche Rechtsmaterien als besonders sensibel gelten. Aus diesem Grunde beschränkt sich EU Handlung auf diesem Gebiet auf die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und nur „erforderlichenfalls« wird die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften in Betracht gezogen (Art. 67 Abs. 3 EUV).

Zu der Mehrstufigkeit der rechtlichen Ausgestaltung des EU Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts trägt zudem die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum artículo 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) (fares Verfahren) bei, die einen großen Einfluss auf die Ausgestaltung des Strafprozessrechts aller EU Mitgliedstaaten, mitunter auch Deutschland, gehabt hat.

Das deutsche Strafrecht sieht weitreichende Rechte für die Beschuldigten im Strafverfahren vor. Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz, GG) gewährleistet in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) dem Beschuldigten das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren.² Als Ausfluss der verfassungsrechtlich verbürgten Menschenwürde (Art. 1 GG), dürfen Beschuldigte und Angeklagte nicht zum bloßen Objekt des Strafverfahrens gemacht werden. Der Beschuldigte ist in jeder Phase des Strafverfahrens Subjekt mit eigenen Rechten und Pflichten, so dass das Strafverfahrensrecht ihn nicht zum bloßen Objekt der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs degradieren darf.³

Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze, die dem deutschen Strafverfahrensrecht zugrunde liegen, haben auch die Umsetzung der verschiedenen EU Instrumente in diesem Bereich geprägt, wobei sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch das Bundesverfassungsgericht der „Solange«-Richter des Öfteren angehalten waren, einen Ausgleich zwischen den Anforderungen ei-

² BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Oktober 2002 – 2 BvR 786/02 – Rn. (1-5). Siehe auch BVerfGE 39, 156, 163; 238, 243; 63, 380, 390.

³ BVerfGE 9, 89, 95.

nes funktionierenden EU Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und den innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu schaffen.

II. EUROPÄISCHER HAFTBEFEHL

2.1 Erster Rahmenbeschluss, 2002

Der erste Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RB 2002/584/JAI)⁴ wurde in Deutschland zunächst durch das Europäische Haftbefehlsgesetz vom 21. Juli 2004 umgesetzt.⁵ Das Gesetz wurde dann aber vom Bundesverfassungsgericht am 18. Juli 2005 für verfassungswidrig und nichtig erklärt,⁶ da das Gericht festgestellt hat, dass das Gesetz unverhältnismäßig in das Grundrecht auf Auslieferungsfreiheit (Art. 16 GG) und die Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) eingreift und die Umsetzung damit nicht grundrechtsschonend erfolgt war. Hintergrund der Entscheidung war Artikel 16 des Grundgesetzes, wonach „Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden.« Im Jahr 2000, wurde diese Vorschrift, angesichts der sich intensivierenden internationalen und insbesondere europäischen Kooperation in Strafsachen, geändert, sodass nun „Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.«

Die Überprüfung von nationalen Umsetzungsakten von EU Recht am Maßstab des deutschen Grundgesetzes hat an die erste „Solange«-Entscheidung erinnert und schien ein Rückschritt in der integrationsfreundlichen Haltung des BVerfG zu sein und eine Rückkehr zur souveränitätsbetonte Rechtsprechung des Gerichts zur Übertragung von Hoheitsrechten, insbesondere in traditionell politisch sensiblen Bereichen, wie das Strafrecht.⁷ Zudem wurde das BVerfG dafür kritisiert, dass es unterlassen hatte, einen bedeutsamen Beitrag zur loyalen Kooperation zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH zu leisten, indem es sich weder mit dem davor ergangenen und eins-

⁴ 2002/584/JI: Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Amtsblatt Nr. L 190 vom 18/07/2002 S. 0001 – 0020.

⁵ BGBl. 2004 I S. 1748, EuHbG, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl1104s1748.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl1104s1748.pdf%27%5D__1509456107309 (30.10.2017).

⁶ BVerfGE 113, 273 = NJW 2005, 2289.

⁷ Carlos VIDAL, Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional Federal Alemán frente a la eficacia del Derecho Comunitario, *Revista Española de Derecho Constitucional* 2006, núm. 77, S. 273, 275.

chlägigen Urteil des EuGH im Fall Pupino⁸ zur unmittelbaren Wirkung von Rahmenbeschlüssen der damaligen dritten Säule und zur daraus folgenden Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung von nationalem Recht im Hinblick auf solche Rahmenbeschlüsse auseinandergesetzt⁹ hatte, noch die Frage nach der Auslegung des Rahmenbeschlusses dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte.¹⁰ Auch wenn das Urteil wegen der intergouvernementalen Gegenüberstellung von nationalem Verfassungsrecht und Europarecht,¹¹ unter Außerachtlassung der Besonderheiten der geteilten Souveränität auf Unionsebene, kritisiert wurde, wurde dem Gericht zugestanden, zu Recht keine Schmälerung des Grundrechtsschutzes zugelassen zu haben, auch wenn es um hochrangige öffentliche Interessen geht, wie es bei der Strafrechtsverfolgung der Fall ist.¹²

Das daraufhin am 20. Juli 2006 erlassene Europäische Haftbefehlsgesetz (EuHbG)¹³ hat des Urteils des Bundesverfassungsgerichts Rechnung getragen und §§ 79, 80 und 83a entsprechend modifiziert; im Übrigen blieb es bei den Regelungen des ersten EuHbG von 2004.

Dieses zweite Umsetzungsgesetz stand dann auch auf dem Prüfstand vor dem Bundesverfassungsgericht. Anlass war der Fall des sich in einer deutschen Haftanstalt befindlichen polnischen Staatsangehörigen Kozłowski, gegen den die polnischen Justizbehörden einen Europäischen Haftbefehl zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten erlassen hatten. Das mit dem Verfahren befasste Oberlandesgericht Stuttgart legte das Verfahren nach artículo 35 Abs. 1 EUV dem EuGH vor, da es Zweifel an der Zulässigkeit der Auslieferung hatte. Im Mittelpunkt stand die Frage des Ortes der Vollstreckung einer rechtskräftig verhängten Freiheitsstrafe, wenn sich der Verfolgte nicht mehr im Urteilsstaat, sondern in einem anderen EU-Mitgliedstaat aufhält. Dazu sollte der EuGH die Merkmale des Wohnsitzes nach artículo 4 des RB 2002/584/JAI auslegen. Zudem stellte sich aber auch die Frage nach der

⁸ EuGH, C-105/03, vom 16. Juni 2005.

⁹ Siehe z. B. Eleonor SPAVENTA, Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino, *European Constitutional Law Review* (2007), 3 S. 5; Miss Maria FLETCHER, Extending «indirect effect» to the third pillar: the significance of Pupino?, *European Law Review* (2005) 30, S. 862; Steve PEERS, Salvation outside the church: judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments, (*Common Market Law Review* 2007) 44, S. 883.

¹⁰ Martin WASMEIER, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht – Zur Verzahnung des nationalen und Europäischen Strafrechts, *ZEuS*, 2006, Heft 1, S. 23, 29

¹¹ Joachim Vogel, Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, *JZ* 2005, S. 801 ff.

¹² Christian TOMUSCHAT, Ungereimtes. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, *EuGRZ* 2005, S. 453 ff.

¹³ BGBl. 2006 I S. 1721, http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/16_wp/euhaft/bgb1106s1721nd.pdf?__blob=publicationFile (30.10.2017).

möglichen unterschiedlichen Behandlung eigener Staatsangehöriger und EU Ausländer.¹⁴

Das daraufhin erfolgte EuGH Urteil im Fall Kozłowski¹⁵ hat zu keiner Neufassung des Rahmenbeschlusses geführt. Vielmehr hat der EuGH den nationalen Gerichten Kriterien mit an die Hand gegeben, um feststellen zu können, ob ein legitimes Interesse besteht, dass die im Ausstellungsmitgliedstaat verhängte Strafe im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsmitgliedstaates vollstreckt wird. Für den EuGH kommt es dabei darauf an ob die Resozialisierungschancen der gesuchten Person erhöht werden können, wenn die Strafe im Vollstreckungsmitgliedstaat vollstreckt wird wo er/sie sich dauerhaft aufgehalten hatte. Der EuGH später relativierte die Bedeutung der Resozialisierungschancen als Grund für die Nichtvollstreckung eines Europäischen Haftbefehls in der Wolzenburg Entscheidung¹⁶ und stärkte somit den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.¹⁷

Die deutsche Umsetzung der Vorschrift des artículo 4 Nr. 6 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JAI entsprach dem Urteil des Gerichtshofs niedergelegten Maßstäben insofern als die gebotene einzelfallbezogene Abwägung möglich war.¹⁸

Die in 2006 überarbeitete Gesetzesfassung findet sich nun im 8 Teil des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG).¹⁹

2.2 Zweiter Rahmenbeschluss, 2009

Der 2009 Rahmenbeschluss 2009/299/JAI zum Europäischen Haftbefehl²⁰ bezieht sich auf Verfahrensrechte in Bezug auf Entscheidungen, die in der

¹⁴ Michael BÖHM, Die Kozłowski-Entscheidung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Auslieferungsrecht Kein „Strafvollstreckungstourismus« innerhalb Europas, NJW 2008, 3183.

¹⁵ EuGH, C-66/08, 17. 7. 2008.

¹⁶ EuGH, C-123/08, Fall Wolzenburg, 6.10.2009.

¹⁷ Matthias J. BORGERS, Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters, European Journal of Crime,

Criminal Law and Criminal Justice 18 (2010), S. 99, 110; Tony MARGUERY, EU Citizenship and European Arrest Warrant: The Same Rights for All?, Merkourios 2011 – Volume 27/Issue 73, Case Note, S. 84-91.

¹⁸ Michael BÖHM, Die Kozłowski-Entscheidung des EuGH, *op. cit.*, S. 3184.

¹⁹ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG – (BGBl I 1982 S. 2071). https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*%5B@attr_id=%27bgbl182s2071.pdf%27%5D#__bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl182s2071.pdf%27%5D__1509460525379 (30.10.2017).

²⁰ Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 zur Änderung der Rahmenbeschlüsse 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2006/783/JI, 2008/909/JI und 2008/947/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung

Abwesenheit des Beschuldigten ergangen sind. Nachdem das deutsche Eu-HbG in das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) überführt wurde, wurden die erforderlichen Änderungen dort vorgenommen.

Großes Aufsehen verursachte in diesem Zusammenhang das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von Dezember 2015,²¹ in dem das Gericht zu Gunsten des Verfassungsbeschwerdeführers entschied, der sich gegen einen Europäischen Haftbefehl bei den italienischen Behörden wehrte, und damit seine frühere „Solange« Doktrin über die Überprüfung von EU Rechtsakten am Maßstab des deutschen Grundgesetzes²² aufzugeben schien.

Der Beschluss beschäftigte sich mit Auslieferungen aufgrund eines Europäischen Haftbefehls, der wiederum aufgrund von Entscheidungen ergangen war, die in der Abwesenheit des Beschuldigten/Angeklagten erfolgt waren. Der 2009 Rahmenbeschluss stärkte gerade die Verfahrensrechte von Beschuldigten und Angeklagten in solchen Fällen. Der Rahmenbeschluss erlaubt Mitgliedstaaten jedoch nicht, die Auslieferung deshalb zu verweigern, weil die eigene Rechtsordnung keine Verfahren *in absentia* kennt, denn dies würde dem Gedanken der gegenseitigen Anerkennung zuwiderlaufen, der dem Europäischen Haftbefehl zugrunde liegt. Der Rahmenbeschluss sieht vor, dass wenn die nationalen Behörden einen Auslieferungsgesuch erhalten, sie den Fall nicht nach nationalem materiellen und prozessualen Recht prüfen dürfen, sodass Auslieferungen nur in den im Rahmenbeschluss vorgesehen Fällen verweigern können.

Der EuGH hatte im Melloni Fall zudem einige der *In-absentia*-Vorschriften im Hinblick auf die Anforderungen an einem fairen Verfahren und einen effektiven Rechtsschutz, die in der EU Grundrechte Charta und in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthalten sind, überprüft.²³ Dem lag die viel grundlegendere Frage nach dem Verhältnis zwischen nationalen und europäischen Grundrechtsstandards zugrunde. Der EuGH hat dazu ausgeführt, dass artículo 53 der Charta «es den nationalen Behörden und Gerichten, wenn

auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, OJ L 81, 27.3.2009, S. 24–36.

²¹ Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14.

²² Siehe dazu Ingolf PERNICE, *Das Verhältnis Europäischer zu nationalen Gerichten im Verfassungsverbund*, De Gruyter Recht, Berlin, 2005; Christian CALLIES, *Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts*, Handbuch der deutschen Europapolitik, Katrin Böttger, Mathias Jopp (Hrsg.), pp. 148-169, Nomos, 2016; Heiko SAUER, *Die Grundrechtskontrolle von EG-Recht im Konfliktdreieck zwischen Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, S. 261 ff., Springer, 2008.

²³ EuGH, C-399/11, Fall Melloni, 26.02.2013. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?ext=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=22147> (20.10.2017).

ein Unionsrechtsakt nationale Durchführungsmaßnahmen erforderlich macht, weiterhin freisteht, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, *sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.*»²⁴ Eine andere Auslegung von artículo 53 der Charta würde «gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen, da sie es einem Mitgliedstaat erlauben würde, die Anwendung von mit der Charta vollständig im Einklang stehenden Unionsrechtsakten zu verhindern, wenn sie den in der Verfassung dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entsprächen.»²⁵ Der Gerichtshof entschied, dass die Auslieferung von Personen, die über das Verfahren informiert wurden aber nicht erschienen sind, den Schutzstandards entspricht. Der EuGH erklärte, dass da Artikel 4a (1) des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehls abschliessend sei, der ersuchte Staat die Auslieferung nicht von der Bedingung abhängig machen dürfe, dass das Verfahren wiederholt werde.

Im Fall vor dem Bundesverfassungsgericht war der Beschwerdeführer ein US Bürger, der in 1992 in Florenz, in seiner Abwesenheit, zu einer Haftstrafe von 30 Jahren wegen Zugehörigkeit zu einer kriminellen Organisation sowie wegen des Besitzes und des Einführens von Kokain verurteilt worden war. Der Beschwerdeführer griff die Auslieferung mit dem Argument an, dass das italienische Prozessrecht ihm keine neue Beweisführung in seiner Anwesenheit zusichere, sondern nur eine Berufung, die nicht zwingendermaßen eine neue Tatsachenfeststellung umfassen würde.

Das Bundesverfassungsgericht befasste sich zunächst mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und mit dem hohen Grad von Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten, worauf der Europäische Haftbefehl beruht, sodass seine Implementierung nur ausgesetzt werden könnte, wenn ein Mitgliedstaat ernsthaft und systematisch die Grundwerte der EU verletzt, als festgestellt durch den Rat nach artículo 7 EUV (Rezital 10 zum Rahmenbeschluss). Das Gericht erklärt aber dann, dass dieses gegenseitige Vertrauen erschüttert werden kann, wenn die Menschenwürde der auszuliefernden Person verletzt werden könnte. Nach dem Bundesverfassungsgericht darf ein Europäischer Haftbefehl nicht vollstreckt werden, wenn dies der EU Grundrechtecharta widersprechen würde. Für das Bundesverfassungsgericht war das hier der Fall, da die anzuwendenden italienischen Rechtsvorschriften dem Beschwerdeführer, der *in absentia* verurteilt wurde, kein neues Ver-

²⁴ Fall Melloni, Rn. 60. Wörter in kursiv vom Autor hinzugefügt.

²⁵ *Ibidem*, Rn. 58.

fahren mit Beweisaufnahme garantierten und somit die Auslieferung sein Recht auf wirksamen Rechtsschutz unter der Grundrechtecharta verletzen könnte. Im Ergebnis verwies das Gericht den Fall zur Entscheidung zurück an das zuständige Oberlandesgericht.

Es ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, die Frage nach der richtigen Auslegung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl nicht an das EuGH zur Vorabentscheidung zu verweisen. Das Gericht berief sich dabei auf der *acte claire doctrine*²⁶ wonach ein letztinstanzliches Gericht dann nicht zur Verweisung an den EuGH verpflichtet ist, wenn die korrekte Anwendung des EU Rechts so evident ist, dass kein Raum für begründete Zweifel verbleibt.

Um den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl am Maßstab der EU Grundrechtecharta zu überprüfen, befasste sich das Gericht mit der Frage, in wie weit EU Rechtsakte und Rechtsakte der deutschen Behörden, die auf EU Recht beruhen, aufgrund des Vorrangs von EU Rechts keiner Grundrechtsprüfung am Maßstab des Grundgesetzes unterworfen werden dürfen.

In seinem berühmten Solange-Beschluss von 1986 hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass solange die EU einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden in Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen.²⁷

Diese Haltung war generell akzeptiert im Hinblick auf den Vorrang des EU Rechts, nicht nur gegenüber einfaches Recht aber auch gegenüber nationale Verfassungen, um so die einheitliche Anwendung des EU rechts zu gewährleisten (*effet utile*).²⁸

Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss über den Europäischen Haftbefehl entschieden, dass der Anwendungsvorrang des EU Rechts nur soweit reiche, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen. Der Anwendungsvorrang von EU Recht sei durch die in artículo 23 Abs. 1 Satz 3 in Ver-

²⁶ EuGH, C-283/81, CILFIT, 06.10.1982. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0283> (23.10.2017).

²⁷ BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 22. Oktober 1986, 2 BvR 197/83. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html> (25.10.2017).

²⁸ Ständige Rechtsprechung des EuGH.

bindung mit artículo 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt.

Bislang hatte das Gericht die verfassungsrechtliche Identitätskontrolle nur in Bezug auf EU *ultra vires* Akte (hauptsächlich in Bezug auf EU Wirtschaftsinstrumente) angewandt. unternommen. Im vorliegenden Fall hat das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal eine Grundrechteprüfung von EU Recht (im Widerspruch zur Solange-Doktrin) innerhalb der Identitätskontrolle vorgenommen.

Das betroffene Grundrecht ist die Menschenwürde (Art. 1 GG) und im Besonderen der Schuldgrundsatz (keine Strafe ohne Schuld), die sich daraus ergibt. Die Menschenwürde ist Teil der Ewigkeitsklausel des Grundgesetzes und kann deshalb nicht durch eine Verfassungsänderung modifiziert werden, sodass sie zur deutschen Verfassungsidentität gehört.

Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass die Nichtanwendung eines EU Rechtsaktes in Deutschland aufgrund einer verfassungsrechtlichen Identitätskontrolle nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) widersprechen würde, da die EU ihrerseits die nationalen Identitäten ihrer Mitgliedstaaten achten muss (Art. 4 Abs. 2 EUV), und darunter auch deren verfassungsrechtlichen Identitäten. Das Gericht entschied, dass der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl in Konformität mit der EU Grundrechtecharta ausgelegt werden konnte, sodass der gleiche Schutz der Menschenwürde gewährleistet wurde als unter dem Grundgesetz.

Es sollte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass der EuGH sich im Melloni Fall damit befasst hatte, ob artículo 53 der EU Grundrechtecharta (die Charta als Minimum Standard) den Mitgliedstaaten erlauben würde den Schutzstandard, der durch deren nationalen Verfassungen gewährleistet wird, dann anzuwenden, wenn er höher ist als den der Charta und so nationalen Verfassungsvorschriften Vorrang vor EU Recht zu geben. Wie oben ausgeführt wurde, lehnte dies der EuGH unter Verweis auf den Grundsatz des Vorrangs des EU Rechts und auch darauf ab, dass dies das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf dem der Europäische Haftbefehl beruht, untergraben würde. Das Gericht hat deshalb viel Kritik²⁹ geerntet, dass es erneut das Kooperationsverhältnis mit dem EuGH beschädigt hatte, indem es

²⁹ Siehe z. B. Claus Dieter CLASSEN, Zu wenig, zu fundamentalistisch – zur grundrechtlichen Kontrolle „unionsrechtlich determinierter« nationaler Hoheitsakte. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015, BVERFG Aktenzeichen 2BVR273514 2 BvR 2735/14, EuR 2016, S. 304, 311; Matthias HONG, Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi: BVerfG 15 December 2015, 2 BvR 2735/14, Solange III, and ECJ (Grand Chamber) 5 April 2016, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, Aranyosi and Căldăraru, European Constitutional Law Review 2016, Num. 12, S. 549’563.

die Frage nach der Auslegung des Rahmenbeschlusses nicht zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.

Die Entscheidung des BVerfG scheint eine Änderung der alten «Solange»-Rechtsprechung darzustellen. Zwar bleibt das BVerfG dabei, dass es nationale Rechtsakte nicht mehr einer generellen Grundrechtsprüfung unterziehen würde, denn dies ist auf EU Ebene gewährleistet (Solange II), aber nur wird das Gericht künftig eine Prüfung am Maßstab des Artikel 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) innerhalb der Identitätskontrolle vornehmen.³⁰ Das BVerfG erfand somit ein neues Instrument, um, unabhängig vom generellen Grundrechtsstandard in der EU, erneut eine Grundrechtsprüfung zu unternehmen. Es sollte auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Grundrechtsprüfung, da nur auf die Menschenwürde beschränkt, einen engen und vorhersehbaren Anwendungsbereich haben würde. Denn die weite Auslegung des Schutzbereichs der Menschenwürde durch das BVerfG, vor allem im Bereich des Strafrechtes und der Strafverfolgung, dürfte zu einer breiten Anwendung dieser neuen identitätsbedingten Grundrechtsprüfung führen.³¹

Zu Recht wurde das BVerfG auch deshalb kritisiert, weil es eine scharfe Trennung zwischen nationalen und europäischen Grundrechten vornimmt.³² Im Kontext eines mittlerweile verflochtenen und mehrstufigen Verfassungssystems, das sich aus den nationalen Verfassungen und der materiellen EU Verfassung zusammensetzt, scheint das BVerfG auf eine überholte nationale Grundrechtsprüfung vorzunehmen, und nur dann davon abzusehen, wenn es annimmt, dass der gleiche Standard im konkreten Fall auch auf EU Ebene gewährleistet ist. In diesem Zusammenhang hat der EuGH im Fall Aranyosi und Căldăraru festgestellt, dass „der Rahmenbeschluss, wie aus seinem artículo 1 Abs. 3 hervorgeht, nicht die Pflicht berührt, *die Grundrechte, wie sie insbesondere in der EU Grundrechtecharta niedergelegt sind, zu achten.*»³³

Die Entscheidung hat auch das tiefgehende Misstrauen des Gerichts gegenüber der europarechtlichen Kooperation in Strafsachen, beruhend auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, zu Lichte gebracht. Eines der Leitsätze des Beschlusses lautet „Die deutsche Hoheitsgewalt darf die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen.« Dass die

³⁰ Heiko SAUER, „Solange« geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, NYW 2016, S. 1134, 1136.

³¹ *Ibidem.* S. 1136.

³² Heiko SAUER, Mit den eigenen Waffen geschlagen: Die Reaktion des EuGH auf den unbedingten Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht nach dem BVerfG, Verfassungblog 7.04.2016, <https://verfassungsblog.de/mit-den-eigenen-waffen-geschlagen-die-reaktion-des-eugh-auf-den-unbedingten-vorrang-der-menschenwuerde-vor-dem-unionsrecht-nach-dem-bverfg/> (22.02.2018).

³³ EuGH C-404/15 und C-659/15 PPU, Fall Aranyosi und Căldăraru, 5.04.2016, Rn. 83.

„anderen Staaten« Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind und die gleichen Werte, wie Rechtsstaatlichkeit, teilen, scheint es das Gericht zu keinem anderen Ergebnis kommen zu lassen.

III. RECHT AUF ANWALT, RICHTLINIE 2013/48/EU

Die Richtlinie 2013/48/EU regelt drei unterschiedliche Gruppen von Rechten von Verdächtigen und Beschuldigten. Sie enthält Vorschriften zum Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren, zum Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und zum Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs. Darüber hinaus enthält sie Regelungen zur Gewährleistung dieser Rechte in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

Zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie hat das deutsche Recht deren Vorgaben bereits weitgehend entsprochen, sodass nur einige wenige Änderungen erforderlich waren.

Änderungen wurden zum Beispiel im Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) vorgenommen. In § 83c IRG wurde ein neuer Absatz 2 eingefügt, wonach der Betroffene über sein Recht zu unterrichten ist, im ersuchenden Mitgliedstaat einen Rechtsbeistand zu benennen. Dies gibt dem Betroffenen im Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls die Möglichkeit, im Ausstellungsmitgliedstaat einen Rechtsbeistand zu benennen, um dort seine Interessen wahrzunehmen.

Des Weiteren wurde das Gerichtsverfassungsgesetz im Hinblick auf die ehrenamtlichen Richter in der Strafrechtspflege (Schöffen) modifiziert. Dadurch wurde die Möglichkeit geschaffen, dass ehrenamtliche Richter über zwei aufeinander folgende Amtsperioden hinaus tätig werden können, sodass es insbesondere „aktiven Seniorinnen und Senioren« ermöglicht werde, bis zur Altersgrenze (75. Lebensjahr) ein Schöffenamt auszuüben. Dies wurde von der Bundesrechtsanwaltskammer kritisiert im Hinblick auf das zunehmende Alter der Schöffe und deren Funktion, den Beratungshorizont zu erweitern.³⁴ Das zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschul-

³⁴ Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte des Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffensrechts – BT-Drs. 18/9534, November 2016. <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/november/stellungnahme-der-brak-2016-40.pdf> (13.10.2017).

digten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts trat zum 28. August 2017 in Kraft.³⁵

Weitgehendere Änderungen wurden in der Strafprozessordnung (StPO) vorgenommen, wie zum Beispiel die Anwesenheit des Verteidigers bei einer Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten (§ 58 Abs. 2 StPO) oder das Recht auf Anwesenheit bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen (§ 163a Abs. 4 S. 3 StPO).

Weitere punktuelle Änderungen sind im Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (EGGVG), im Jugendgerichtsgesetz (JGG), im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dem Gerichtsverfassungsgesetz, und im Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vorgenommen worden.

IV. RECHT AUF INFORMATION IM STRAFVERFAHREN, RICHTLINIE 2012/13/EU UND RECHT AUF DOLMETSCHEN UND ÜBERSETZUNG IM STRAFVERFAHREN, RICHTLINIE 2010/64/EU

Die Richtlinien 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschen und Übersetzung im Strafverfahren, und 2012/13/EU über das Recht auf Information im Strafverfahren, wurden mit dem (ersten) Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren³⁶ vom 2.7.2013 umgesetzt.

Bis dahin gab es für beschuldigte Personen in den Bereichen des Rechts auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen und des Rechts auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren bereits eine Vielzahl an Informations- und Teilnahmerechten. Notwendig waren deshalb lediglich Änderungen der §§ 189 Gerichtsverfassungsgesetz sowie 114b und 136 der Strafprozessordnung (StPO).

Es wurde unter anderem gesichert, dass Verdächtige und Beschuldigte, die die Sprache des betreffenden Strafverfahrens nicht sprechen oder verstehen, ab dem Zeitpunkt ihrer ersten Vernehmung bis zum Abschluss des Verfahrens, einschließlich aller Beratungen mit dem Rechtsanwalt, ein Dolmetscher zur Seite gestellt wird und die wichtigsten Verfahrensschriftstücke für sie

³⁵ BGBl. 2017, I, 3925. http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/18_wp/Staerkung_Verfahrensr_Beschuldigte/bgbl.pdf; jsessionid=20F811C48AD61E432EE03A54F1F789C4.2_cid286?__blob=publicationFile (15.10.2017).

³⁶ BGBl. 2013, I, 34, 1938. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl113s1938.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl113s1938.pdf%27%5D__1509532309712 (14.10.2017).

übersetzt werden. Das Recht auf eine Übersetzung und Verdolmetschung gilt auch in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

Experten haben die deutsche Umsetzung der Richtlinie 2010/64/EU teilweise kritisiert. Yalçın³⁷ zum Beispiel ist der Auffassung, dass der Regel-Ausnahme-Grundsatz der Richtlinie in Bezug auf die Übersetzung von wesentlichen Dokumenten durchbrochen worden ist. Die Betroffenen haben nach der Richtlinie grundsätzlich ein Recht auf die schriftliche Übersetzung wesentlicher Unterlagen (Art. 3 Abs. 2). Nur ausnahmsweise kann gem. artículo 3 Abs. 4 eine mündliche Übersetzung oder Zusammenfassung genügen, wenn dies nicht dem Recht auf ein faires Verfahren entgegensteht. Nach Yalçın ist die Schaffung einer Regelausnahme für verteidigte Angeklagte gem. § 187 II 5 Gerichtsverfassungsgesetz richtlinienwidrig, da die Richtlinie keinen Fall vorsieht, in dem die schriftliche Übersetzung eines wesentlichen Dokuments in der Regel durch eine mündliche Übersetzung ersetzt werden kann, sondern immer nur ausnahmsweise.³⁸ Durch die Regelausnahme sollen nur atypische Fälle überprüft werden, sodass im Regelfall die subjektiven Rechte der Angeklagten großzügig ausgestaltet werden.

Das Oberlandesgericht Köln entschied dagegen am 30. 9. 2011, dass der Verurteilte kein Recht auf die Übersetzung des gesamten Strafurteils habe, da die Richtlinie kein „von den Umständen des Einzelfalles unabhängiges allgemeines Recht auf Übersetzung« gewähre. Das Gericht berief sich auf artículo 3 Abs. 1 der Richtlinie 2010/64/EU, wonach die Übersetzung zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte erforderlich sein müsse.³⁹

V. RICHTLINIE 2016/343/EU: UNSCHULDIGKEITSVERMUTUNG, RECHT AUF ANWESENHEIT IM VERFAHREN

Die Richtlinie ist in Deutschland noch nicht umgesetzt worden. Die Umsetzungsfrist läuft am 1 April 2018 ab.

Die Richtlinie beschäftigt sich mit den Grundprinzipien eines Strafverfahrens und insbesondere mit denen, die auf dem Prinzip der Unschuldsvermutung beruhen, wie z. B. die Beweislastverteilung und das Aussageverweigerungsrecht. In diesem Zusammenhang hat die Bundesrechtsanwaltskammer

³⁷ Üna YALÇIN, Das Stigma des Finanzierungsvorbehalts – Stärkung der Beschuldigtenrechte im Strafverfahren, *ZRP* 2013, 104.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ OLG Köln, 30.09.2011 – III-2 Ws 589/11, NStZ 2012, 471, als zitiert bei Yalçın, Das Stigma des Finanzierungsvorbehalts, *op. cit.*

schon den Richtlinienvorschlag insoweit kritisiert, dass sie sich „an der Auslegung des artículo 6 Abs. 2 EMRK durch den EGMR orientiert und damit an ex-post getroffenen Gesamtabwägungen, anstatt den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten klare Handlungsanweisungen ex ante an die Hand zu geben.«⁴⁰

Als besonders brisant dürfte sich jedoch vor allem die Umsetzung der in der Richtlinie enthaltene Möglichkeit der Verurteilung in der Abwesenheit eines Angeklagten herausstellen. Die Richtlinie sieht in artículo 8 vor:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine Verhandlung, die zu einer Entscheidung über die Schuld oder Unschuld eines Verdächtigen oder einer beschuldigten Person führen kann, in seiner bzw. ihrer Abwesenheit durchgeführt werden kann, sofern

a) der Verdächtige oder die beschuldigte Person rechtzeitig über die Verhandlung und über die Folgen des Nichterscheinens unterrichtet wurde oder

b) der Verdächtige oder die beschuldigte Person, nachdem er bzw. sie über die Verhandlung unterrichtet wurde, von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten wird, der entweder von dem Verdächtigen oder der beschuldigten Person oder vom Staat bestellt wurde.

(3) Eine Entscheidung, die im Einklang mit Absatz 2 getroffen wurde, kann gegen die betreffende Person vollstreckt werden.«

Die deutsche Strafprozessordnung (StPO) gestattet derzeit nicht, dass eine Hauptverhandlung, die zur Feststellung der Schuld oder Unschuld des Angeklagten führt, gegen einen Abwesenden geführt wird (§ 285 Abs. 1 Satz 1 StPO). Das gegen einen Abwesenden eingeleitete Verfahren hat nur die Aufgabe, für den Fall seiner künftigen Gestellung die Beweise zu sichern (§ 285 Abs. 1 Satz 2 StPO). § 232 der StPO regelt dagegen das bloße Ausbleiben des Angeklagten in einer Hauptverhandlung (also nicht die dauerhafte Abwesenheit wie im Falle des § 285). Demnach kann die Hauptverhandlung nur dann ohne den Angeklagten durchgeführt werden, wenn er ordnungsgemäß geladen und in der Ladung darauf hingewiesen worden ist, dass in seiner Abwesenheit verhandelt werden kann, und wenn nur Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Fahrverbot, Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist. Eine höhere Strafe oder eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf in

⁴⁰ Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme zur Unschuldsvermutung und zum Recht auf Anwesenheit in Strafverfahren, Juni 2014. <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/europa/strafrecht/beschuldigtenrechte/unschuldsvermutung-und-recht-auf-anwesenheit-in-strafverfahren/> (12.10.2017).

diesem Verfahren nicht verhängt werden. Eine Ladung durch öffentliche Bekanntmachung reicht dabei nicht aus. Das in Abwesenheit des Angeklagten ergehende Urteil muss ihm mit den Urteilsgründen durch Übergabe zugestellt werden, wenn es nicht nach § 145a Abs. 1 dem Verteidiger zugestellt wird.

Als oben zum Europäischen Haftbefehl ausgeführt, gebietet das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf Menschenwürde nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Betroffene im Strafverfahren nicht zum bloßen Objekt des staatlichen Strafanspruchs degradiert werden darf, sondern stets Einfluss auf das Verfahren nehmen können muss.⁴¹ Darauf beruhen die entsprechenden Vorschriften der Strafprozessordnung, die die Hauptverhandlung gegen Abwesende untersagen. Das Bundesverfassungsgericht sah das Verbot einer Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten, ohne dass ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, später einen Rechtsbehelf dagegen einzulegen, der eine neue Beweisaufnahme, diesmal in seiner Anwesenheit, ermöglicht, als inkompatibel nicht nur mit dem deutschen Grundgesetz, sondern auch mit der EU Grundrechtecharta, und stellte somit implizit fest, dass die entsprechende italienische Regelung gegen EU Grundrechte verstößt.

Die vehemente Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht, das sich somit über dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, die dem Europäischen Haftbefehl zugrunde liegt, hinweggesetzt hat, und zudem die Entscheidung des EuGH im Fall Melloni ignoriert hat, deutet darauf hin, dass der deutsche Gesetzgeber womöglich von einer solchen grundlegenden Änderung des deutschen Strafprozessrechts absehen wird.

VI. FAZIT

Die Implikationen der Instrumente zur Schaffung des EU Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Deutschland sind vielfältig. Während die eher technischen Rechtsakte zu den Rechten von Beschuldigten und Angeklagten im Strafverfahren weitestgehend zufriedenstellend umgesetzt worden ist, nicht zuletzt aufgrund der schon vorher vorhandenen weitgehenden Beschuldigtenrechte im Strafverfahren, haben vor allem die Rahmenbeschlüsse zum Europäischen Haftbefehl das Grundverständnis im deutschen materiellen Strafrecht und im Strafprozessrecht über Konzepte, wie das von Verurteilungen gegen Abwesende, auf den Prüfstand gestellt. Dies hatte Konsequenzen

⁴¹ BVerfGE 9, 89, 95. Ständige Rechtsprechung.

nicht nur für die Umsetzung der Vorschriften über den Europäischen Haftbefehl, sondern rief eine tiefgreifende verfassungsrechtliche Diskussion über den Vorrang von EU Recht vor nationalem Verfassungsrecht hervor – ein Trend, der nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten, wie zum Beispiel Italien, zu beobachten sind. Die Umsetzung der letzten der in diesem Bereich erlassenen Richtlinien, die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, unter bestimmten Umständen, Verurteilungen in der Abwesenheit des Angeklagten vorzusehen, könnte diese komplexen verfassungsrechtlichen Fragen aufs Neue aufwerfen.

La Unión Europea está asistiendo a la construcción, no sin dificultades de un Espacio Judicial Europeo. Varias decisiones-marco y varias directivas, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, jalonan la interpretación y aplicación interna, que debe ser realizada en torno a las garantías del debido proceso.

Ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del ámbito del Consejo de Europa, el artículo 24 de la Constitución Española fue interpretado en conexión con el artículo 6 del mencionado Convenio como estándar mínimo, interpretado éste por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una ingente jurisprudencia de este último sirvió de inspiración a nuestro Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo, así como al resto de juzgados y tribunales, en la interpretación de las garantías procesales.

El mismo Tratado de la Unión ha considerado que los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales (artículo 6.3 TUE). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución, encuentra su equivalente en el derecho al debido proceso del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, también, en los artículos 47 a 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativos al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

Con ello, se ha formado un verdadero Sistema Europeo de Derechos Fundamentales, formado por la conjunción de tres ordenamientos: el nacional, el de la Unión Europea y el del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta obra, resultado de la conjunción del esfuerzo de diferentes especialistas en la materia bajo la coordinación de Teresa Freixes, permite al lector adentrarse en este apasionante sistema y en sus engranajes esenciales.