

**LA JUSTICIA PENAL
EN LA UNIÓN EUROPEA
HACIA LA ARMONIZACIÓN
DE LOS DERECHOS PROCESALES**



Granada/Ferrara

2015

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Valentina Faggiani
ISBN: 978-84-9125-037-1
URI: <http://hdl.handle.net/10481/39831>

UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
EN CO-TUTELA CON LA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS
**DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO/
DIRITTO COSTITUZIONALE**

LA JUSTICIA PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA
HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LOS
DERECHOS PROCESALES

Doctoranda:

Valentina Faggiani

Directores:

Prof. Dr. D. Miguel Azpitarte Sánchez

(Profesor Titular de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada)

Prof. Dr. D. Roberto Bin

(Catedrático de Derecho Constitucional
de la *Università degli Studi di Ferrara*)

LA JUSTICIA PENAL
EN LA UNIÓN EUROPEA
HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LOS
DERECHOS PROCESALES

Sumario

Página

INTRODUCCIÓN

17

PRIMERA PARTE

LAS TENDENCIAS DEL *IUS PUNIENDI*

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

1. Introducción 31
2. La respuesta constitucional europea: presupuestos metodológicos 34
3. El modelo procesal penal de las Constituciones adoptadas antes de la segunda guerra mundial 42
4. El modelo procesal penal de las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional 52
5. El modelo constitucional procesal penal de los Países de Europa centro-oriental 65
6. La constitucionalización del *ius puniendi*: la Constitución como límite 77

y garantía	
6.1. Primera razón: reacción frente a los excesos del pasado	77
6.2. Segunda razón: la función de unidad y sistema	80
6.3. Tercera razón: El <i>ius puniendi</i> como garantía de la seguridad y del orden público	82
6.4. Cuarta razón: el derecho procesal penal como límite e instrumento de libertad	83
6.5. Quinta razón: El reconocimiento de las garantías procesales como derechos fundamentales	86
7. Conclusiones	91

CAPÍTULO II

LOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES DEL *IUS PUNIENDI* MÁS ALLÁ DEL ESTADO

1. Introducción	97
2. Hacia un derecho penal común: soberanía v. justicia penal universal	102
2.1. Presupuestos histórico-políticos: dimensión material y dimensión institucional	102
2.2. Acuerdos internacionales que reconocen principios fundamentales	106
2.3. La dimensión institucional	108
2.4. Los derechos de los justiciables	115
2.5. Presupuestos político-constitucionales de la justicia penal supranacional	124

3.	La función constitucional del derecho procesal penal europeo	131
3.1.	Fines	131
3.2.	Proceso de desarrollo	137
3.2.1.	Antecedentes previos: los convenios internacionales de armonización en el ámbito del Consejo de Europa	137
3.2.2.	Primera fase. La cooperación intergubernamental como banco de prueba para un modelo de justicia penal europeo	142
3.2.3.	Segunda fase. Entre intergubernamentalidad y perspectiva supranacional comunitaria	148
3.2.4.	Tercera fase. El Tratado de Lisboa	164
3.2.4.1.	Elementos materialmente constitucionales en materia de Justicia penal	164
3.2.4.2.	Elementos institucionales de la constitucionalización del derecho procesal penal europeo	167
3.2.4.3.	El ámbito material de competencia del Tribunal de Justicia de la UE en el espacio de justicia penal	173
3.2.4.4.	Profundización y variabilidad en la cooperación en materia judicial	179
a)	Sobre el procedimiento de armonización: frenos de emergencia y paso al procedimiento legislativo ordinario	179
b)	Regímenes especiales	181
4.	Conclusiones	186

SEGUNDA PARTE

LAS TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN EN EL ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA PENAL

CAPÍTULO III

LA INTEGRACIÓN A TRAVÉS DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

I. EL CEDH

1. Introducción	197
2. Los derechos de justicia reconocidos en el Convenio y su extensión por el TEDH	200
2.1. Las disposiciones en materia procesal penal del CEDH	200
2.2. El derecho a un proceso equitativo en el art. 6 CEDH. Perfiles estructurales	204
2.2.1. La «cláusula de la equidad procesal»	204
2.2.2. Las garantías de la función jurisdicción: la independencia y la imparcialidad y la garantía del juez natural predeterminado por la ley	208
2.2.3. La presunción de inocencia	210
2.2.4. Los derechos de la defensa	213
3. El contenido esencial de los derechos procesales a través del TEDH	225
3.1. El papel armonizador del TEDH en el ámbito procesal penal	225

3.2. Técnicas para la construcción del contenido esencial de los derechos procesales	229
3.2.1. Los recursos ante el TEDH	229
3.2.2. Las categorías autónomas	232
3.2.3. El margen de apreciación como mecanismo de reparto de jurisdicciones	236
3.2.4. La técnica de las sentencias piloto	241
3.3. El impacto de la jurisprudencia del TEDH en los sistemas penales internos	244
3.3.1. El «caso español»	244
3.3.2. El «caso italiano»	251
4. La función integrativa del Convenio para la Unión en el ámbito penal	261
4.1. El derecho «europeo» a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: entre CEDH y Carta	261
4.1.1. La aportación del CEDH a través del TUE	261
4.2. La aportación del Tratado de Lisboa	264
4.3. La futura adhesión de la UE al CEDH	271

II. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE

1. Los derechos de justicia reconocidos en la Carta	282
2. La función del art. 53 de la Carta tras la sentencia Melloni	296
3. De la integración a la uniformidad a través de la categoría de las tradiciones constitucionales comunes	309
4. La función integrativa de la Carta y su eficacia en los ordenamientos	319

procesales nacionales

- 4.1. El «ámbito de aplicación» de los derechos de justicia 319
- 4.2. Hacia un nuevo mecanismo de integración para el respeto de la
esencia de los derechos fundamentales: la doctrina «reverse solange» 324

CAPÍTULO IV

LA INTEGRACIÓN POSITIVA: ENTRE RECONOCIMIENTO MUTUO Y ARMONIZACIÓN

I. EL RECONOCIMIENTO MUTUO

- 1. El principio de reconocimiento mutuo en materia de justicia 329
 - 1.1. El principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior 329
 - 1.2. El principio de reconocimiento mutuo en materia penal 334
 - 1.3. Desde el Consejo de Tampere a los actos europeos de derecho
derivado 336
- 2. Elementos para una construcción dogmática del principio del
reconocimiento mutuo en materia penal 345
 - 2.1. El replanteamiento de la soberanía nacional y de la cooperación
judicial 345
 - 2.2. La común *ratio* inspiradora: la confianza mutua y el principio de
equivalencia 349
 - 2.3. La supresión de la doble incriminación 352
 - 2.4. Los efectos del principio del reconocimiento mutuo 354
 - 2.4.1 Los efectos negativos 354
 - 2.4.2. Los efectos positivos 357

2.5. Aspectos procedimentales comunes a los actos de Derecho derivado	357
2.5.1. La transmisión de la orden o resolución	357
2.5.2. El formulario	359
2.5.3. Motivos generales de denegación	360
2.6. Los tribunales constitucionales en el control del principio de reconocimiento mutuo	365
2.6.1. El pronunciamiento del TC polaco	365
2.6.2. El pronunciamiento del TC alemán	368
2.6.3. El pronunciamiento del Tribunal Supremo de Chipre	371
2.6.4. El pronunciamiento del TC de la República Checa	371
2.6.5. El reenvío prejudicial del Tribunal de Arbitraje belga	373
2.6.6. El TC español	374

II. LAS DIRECTIVAS DE MÍNIMOS

1. El reconocimiento de derechos procesales a través de la armonización	384
1.1. El reconocimiento de derechos procesales entre asimilación, unificación y armonización	384
1.2. De la integración negativa a la integración positiva a través del Tribunal de Justicia	387
1.3. El reconocimiento expreso de la integración positiva: el art. 82 TFUE	395
2. Elementos comunes a las directivas sobre derechos procesales	403

2.1. La aportación de las directivas frente al contenido de la Carta y del CEDH	403
2.2. La «armonización de mínimos» en el ámbito procesal penal a través de las directivas	411
2.3. Excepciones y límites	417
2.4. Ámbito de aplicación	426
3. Conclusiones	430
<i>CONCLUSIONES</i>	445
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	471
<i>INTRODUZIONE</i>	529
<i>CONCLUSIONI</i>	539

**LA JUSTICIA PENAL
EN LA UNIÓN EUROPEA
HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LOS
DERECHOS PROCESALES**

Introducción

En las democracias contemporáneas, el fenómeno de la globalización de las relaciones económico-sociales ha determinado un fuerte incremento de supuestos delictivos con carácter transfronterizo, que presentan puntos de conexión comunes entre dos o más ordenamientos y cuyas repercusiones se proyectan más allá de las fronteras del país en el que dichos crímenes han sido cometidos, de la nacionalidad de sus autores o de la nacionalidad de la víctima.

Este fenómeno ha puesto en crisis o por lo menos ha requerido un replanteamiento del dogma de la soberanía estatal del *ius puniendi* y ha desarrollado un interesante debate jurídico-constitucional en torno a la necesidad de institucionalizar un «proceso europeo», esto es de adoptar un sistema de garantías penales, sustanciales y procesales de carácter supraestatal, sobre la base de estándares mínimos comunes, que permita alcanzar un punto de equilibrio entre libertad y seguridad como presupuesto para la protección de los derechos inviolables y las libertades fundamentales de las personas, en particular con respecto a la persona involucrada en un procedimiento penal en el espacio europeo de justicia. A través de la adopción de tales instrumentos jurídicos y procesales, se pretende preservar el ordenamiento y prevenir su violación, garantizando el desarrollo y la evolución, en virtud de su carácter abierto, plural y dinámico, de las propias disposiciones constitucionales a fin de lograr su compenetración con la realidad política.

Para enfrentarse a tales desafíos, los Estados de la UE se han dado progresivamente cuenta de la necesidad de instituir un espacio de justicia en el que se garanticen a todos los individuos, que circulan en su territorio, el derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías en condiciones de igualdad, mediante mecanismos de cooperación judicial en materia penal.

De tal forma, por un lado, se pretende facilitar la aproximación y la armonización de las legislaciones penales de su Estados miembros, contribuyendo a eliminar los eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción y a colmar las lagunas presentes en tales ordenamientos jurídicos; por otra parte se intenta combatir la criminalidad organizada y la comisión de graves crímenes caracterizados por elementos de extraterritorialidad, que han sido favorecidos por la supresión de las fronteras y la libre circulación de las personas.

En la mayoría de los supuestos delictivos con elementos de extraterritorialidad, las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un crimen se encuentran en un territorio extranjero y desconocen el idioma o el sistema jurídico de tal ordenamiento. Asimismo, la persona implicada en un procedimiento penal se puede encontrar muy lejos del órgano jurisdiccional que ha adoptado el acto de ejecución del que son destinatarios y por eso no puede defenderse adecuadamente.

Pero también, hay que tener en cuenta que, una vez finalizado el enjuiciamiento, todo individuo, en virtud del principio del *ne bis in idem*, debe saber que una vez condenado y cumplida la pena, o en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, puede desplazarse dentro de este espacio, sin correr el riesgo a que en otro se le persiga, alegando que aquel comportamiento integra en su sistema jurídico un supuesto típico delictivo distinto.

En tales situaciones se debería asegurar que toda persona sospechosa o acusada en la UE goce de un nivel común y elevado de protección y de las

oportunas garantías procesales, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan aplicar normas que aseguren una mayor protección.

Entre los derechos básicos del justiciable, se deberán garantizar, como mínimo, el derecho a un intérprete y a un traductor, cuando no hable o no entienda adecuadamente el idioma del proceso, prestando una atención especial a las necesidades de los sospechosos o acusados con particulares limitaciones auditivas; asimismo, la persona implicada en un procedimiento penal deberá ser informada por escrito, por ejemplo, mediante una «carta de derechos», o verbalmente, de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, así como de la naturaleza y causa de la acusación, a fin poder preparar efectivamente su defensa, siempre y cuando no se perjudique el buen desarrollo del proceso penal, y deberá poder contar lo antes posible con la asistencia de un abogado, que deberá ser gratuita cuando lo requieran las condiciones económicas del asistido.

Pero también no se puede soslayar la importancia que asume en dicho marco el derecho a la presunción de inocencia. Otros derechos considerados fundamentales, que se deberían garantizar de forma adecuada son, por ejemplo, el derecho a estar presente en el proceso, el derecho a comunicarse con los familiares, el empleador y las autoridades consulares y el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Y por lo último, se considera necesario el establecimiento de salvaguardias especiales para los menores y para aquellos acusados o sospechosos que sean especialmente vulnerables y, por eso, no pueden comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso, por ejemplo, debido a su condición mental o física.

La adopción de estándares comunes en tales ámbitos no solo aumentará la confianza en los sistemas judiciales de los demás países de la Unión, garantizando una protección uniforme, sino también la eficiencia de la cooperación judicial entre los Estados miembros de la UE. Todo ello permitirá a

las personas, especialmente las acusadas de delitos, saber cuál es su situación y defenderse adecuadamente.

Y por la importancia que esta cuestión ha asumido, el presente trabajo de investigación pretende analizar el sistema de justicia penal de la UE en relación con el proceso de armonización de los derechos procesales y su importancia en el proceso de integración y constitucionalización de la UE.

Al respecto, para tener una visión completa de este tema, se considera oportuno estructurar su desarrollo en dos partes: la primera parte se ocupará de las tendencias del *ius puniendi* en la UE, en lo que concierne a su constitucionalización en los distintos espacios y niveles de protección de los derechos fundamentales (nacional, internacional y europeo), y la segunda parte estudiará las distintas técnicas de integración para la construcción de dicho espacio.

En particular, en el Capítulo I de este trabajo de investigación se analizará la constitucionalización del *ius puniendi* en el ámbito de los Estados miembros de la UE, desde la perspectiva constitucional comparada, y en el Capítulo II la construcción de un derecho penal más allá del Estado, que ha llevado a la «internacionalización» y «europeización» del *ius puniendi* (o mejor dicho a la «constitucionalización» del *ius puniendi* en el ámbito internacional y europeo). El objetivo de esta parte es indagar las «tendencias del *ius puniendi*», su evolución y su influencia en el desarrollo de un derecho procesal penal europeo, que conste de estándares mínimos comunes.

Después de la Segunda Guerra Mundial, tras los tristes acontecimientos que la caracterizaron, los Estados tomaron conciencia de la necesidad de instituir un sistema efectivo de garantías, sustanciales y procesales, mediante su recepción en los distintos niveles de regulación y espacios constitucionales de protección de los derechos fundamentales. Todo ello ha determinado una modificación

sustancial del alcance, del contenido y de las formas de ejercicio del *ius puniendi*, antes concebido como un atributo necesario del Estado, excluyente de todo tipo de injerencia, tanto interna como externa, y de su función meramente punitiva en aras a la garantía de la seguridad y del orden público.

Por esto, aunque la constitucionalización del *ius puniendi* siga constituyendo la premisa de su ejercicio, el proceso circular de reciproca retroalimentación e interacción entre los distintos espacios constitucionales ha determinado un replanteamiento de dicho ámbito, imponiendo la necesidad de reformular también el derecho penal a partir de la Constitución pero junto a las demás experiencias estatales y las influencias de carácter supraestatal en función unificadora del sistema.

Por lo tanto, en el Capítulo I se pretenden individualizar sus raíces y razones, el significado constitucional que su ejercicio ha asumido en los modernos Estados democráticos y su evolución, los principios constitucionales que lo rigen y los derechos o valores que realiza. La finalidad de esta aproximación es indagar, en una tensión hacia la unidad, los distintos modelos de Constitución procesal penal, individualizando y sistematizando las categorías comunes y los elementos de diferenciación.

Esta metodología, basada en la comparación diacrónica de los textos, intentando ordenarlos cronológicamente, es decir desde su evolución en el tiempo, responde básicamente a tres exigencias. Ante todo, permite individualizar cómo se han ido desarrollando y conformando los principios fundamentales del derecho procesal penal. En segundo lugar, de los principios esenciales que rigen el proceso penal y de las características básicas de los sistemas de justicia penal, se pueden deducir también las razones subyacentes y las finalidades que los Estados han pretendido alcanzar mediante la constitucionalización del *ius puniendi*.

Y por último, y como tercera exigencia, dicho análisis permite reflexionar sobre la interacción entre los procesos de constitucionalización, internacionalización y europeización del *ius puniendi*, que constituyen a día de hoy sus principales tendencias. En este sentido, se constata que, a pesar de la existencia en la UE de ordenamientos jurídicos no homogéneos entre sí y que presentan profundas diferencias, el punto de conexión se encuentra en un plano más bien sustancial, en los principios fundamentales de los Estados constitucionales de Derecho, los cuales han constituido el fundamento para la circulación y transposición de modelos y el desarrollo de un Derecho Constitucional supranacional.

Entre los principios fundamentales de los Estados constitucionales de Derecho, adquieren una relevancia especial en dicho ámbito el principio-derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido con todas las garantías y el principio-derecho a la legalidad penal. Tales principios, aunque requieren un replanteamiento y adaptación al nuevo contexto europeo e internacional global, representan el núcleo de las tradiciones constitucionales comunes a los EEMM de la UE y, más en general, a todo Estado democrático.

A partir de este núcleo, se puede constatar la existencia de un proceso penal europeo, aunque *in fieri*, esto es de una base, de un conjunto de principios y normas jurídicamente vinculantes, un mínimo común denominador en dicho ámbito, sobre cuyas raíces se está intentando construir un nuevo sistema de justicia penal de carácter europeo.

A continuación, en la primera parte del Capítulo II se profundizará en los fundamentos históricos, políticos y constitucionales, que han otorgado a la Comunidad Internacional la legitimación necesaria para el ejercicio del *ius puniendi* más allá de las fronteras estatales y que han llevado a la institución de un derecho penal supranacional sin Estado o sin soberano y al consiguiente replanteamiento de su alcance y contenido por tradición concebido de

monopolio exclusivo del Estado. La Corte Penal Internacional (CPI) constituye la principal concreción de este modelo de justicia supranacional.

El estudio de la construcción de un sistema de justicia penal internacional ayudará a comprender por qué se ha desarrollado la tendencia a la europeización del *ius puniendi*, cuál es su significado, su función, su finalidad y su relación con los procesos de constitucionalización e internacionalización en dicho ámbito.

Por otra parte, el proceso de «constitucionalización del *ius puniendi* europeo», esto es de progresiva construcción y configuración de un derecho procesal penal, que permita alcanzar la aproximación y la armonización entre las legislaciones penales de los Estados miembros de la UE en un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras, se ha desarrollado en las distintas fases del proceso de integración europea y en función de los distintos objetivos que se proponía, mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial y la progresiva atribución a la UE de competencias en materia penal, reconocidas finalmente en forma expresa en el Tratado de Lisboa.

Los Tratados constitutivos, de acuerdo con la teoría funcionalista, no hacían referencia a una competencia de la Comunidad en el ámbito procesal penal, ni en general a un sistema de cooperación judicial que permitiera establecer un marco mínimo en el ámbito penal y, de tal forma, eliminar los eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción y colmar las lagunas presentes en los ordenamientos jurídicos de los EEMM.

El silencio de los Tratados fue colmado progresivamente por el Tribunal de Justicia, que, en virtud del reenvío constante a la jurisprudencia del TEDH y de la existencia de principios generales compartidos fruto de las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros, ha impulsado el desarrollo de una «cultura judicial europea».

Sin embargo, solo en la tercera fase del proceso de integración europea y, de manera especial, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE ha manifestado expresamente su intención, mediante la atribución *ex art.* 82 TFUE de la competencia a adoptar normas mínimas para la armonización de los derechos procesales de las personas involucradas en un procedimiento penal en la Unión, de dotarse de un propio modelo de justicia penal, considerándolo el elemento clave y determinante para avanzar en el proceso de integración y constitucionalización.

El desarrollo de un espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia ha requerido la progresiva adopción de estándares mínimos comunes para la garantía y efectiva protección de los derechos del justiciable. Dicho proceso es el fruto de la interacción y recíproca alimentación entre los distintos ordenamientos que integran la UE en aras a la Unidad del Sistema y de la transposición de técnicas constitucionales al ordenamiento jurídico supranacional con vistas a la construcción de un «orden público europeo».

Entre tales técnicas o modelos de integración, en este trabajo, se analizarán la función jurisdiccional supranacional del TEDH, el nuevo papel asumido por la Carta de los derechos fundamentales de la UE en este ámbito (Capítulo III), el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y las directivas europeas en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 del TFUE (Capítulo IV). No se dedicará ningún epígrafe específico al papel desarrollado por el Tribunal de Justicia, pues su incidencia en las varias fases del proceso de integración se tratará de forma transversal en relación con cada una de las técnicas analizadas.

En particular, en el Capítulo III, de la segunda parte, dedicada a la «integración a través del reconocimiento de derechos fundamentales», se procederá a indagar la función jurisdiccional supraestatal asumida por el TEDH

en el ámbito penal. Este último mediante la interpretación sustancial-constitucional, dinámica y evolutiva del CEDH y de sus Protocolos, ha establecido estándares mínimos de tutela, que han constituido un punto de referencia constante para el Tribunal de Justicia, así como para los Estados del Consejo de Europa que los han incorporado progresivamente a sus ordenamientos nacionales.

Una vez analizado el papel del TEDH, se desarrollará la función armonizadora de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, que, en virtud del valor jurídico vinculante, asumido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha dotado de un valor «materialmente constitucional», de un sustrato mínimo común, a los derechos ahí reconocidos.

A continuación, se estudiará la técnica del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el ámbito penal, «la piedra angular» del sistema europeo de cooperación judicial, cuya primera concreción y aplicación práctica se ha llevado a cabo mediante el importante aunque controvertido instrumento de la orden europea de detención.

Y por último, se considerará la armonización a través de la técnica de las directivas europeas adoptadas en dicho ámbito sobre la base del art. 82 TFUE. Tales normas, que establecen estándares mínimos comunes en lo que concierne a los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procesos penales en la UE, una vez transpuestas en los ordenamientos internos, se convierten en parámetros a los que los Estados miembros deberán conformarse, adoptando todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos indicados.

Las técnicas o modelos de integración, objeto de la segunda parte de esta investigación, han contribuido a la construcción de un derecho penal común. En cada modelo o técnica de integración se ha intentado individualizar el presupuesto y la legitimación político-constitucional y su operatividad práctica.

La finalidad es averiguar las diferencias y similitudes, el grado de incidencia en la configuración de un espacio europeo de justicia penal, sobre la base de estándares mínimos comunes generalmente compartidos por los Estados miembros de la UE y los límites ínsitos en cada técnica. Solo mediante el desarrollo de tales técnicas de integración se podrán asegurar los derechos fundamentales del justiciable de forma plena y efectiva en el Espacio de Justicia Europeo.

PRIMERA PARTE

LAS TENDENCIAS DEL

IUS PUNIENDI

Capítulo I

La constitucionalización del ius puniendi

1. INTRODUCCIÓN

En las democracias contemporáneas, el fenómeno de la globalización de las relaciones económico-sociales ha determinado un fuerte incremento de supuestos delictivos con carácter transfronterizo, que presentan puntos de conexión comunes entre dos o más ordenamientos y cuyas repercusiones se proyectan más allá de las fronteras del país en el que dichos crímenes han sido cometidos, de la nacionalidad de sus autores o de la nacionalidad de la víctima. Todo ello ha puesto en crisis o por lo menos ha requerido un replanteamiento del dogma de la soberanía estatal del *ius puniendi* y de sus principios fundamentales, generando una profunda incertidumbre en los valores esenciales en los que el imaginario colectivo se identifica, y ha desarrollado un interesante debate jurídico-constitucional en torno a la necesidad de institucionalizar un «proceso europeo», esto es de adoptar un sistema de garantías penales, sustanciales y procesales de carácter supraestatal, sobre la base de estándares mínimos comunes, que permita alcanzar un punto de equilibrio entre libertad y seguridad como presupuesto para la «defensa de la Constitución, de la democracia y del orden jurídico constituido» y «la protección de los derechos inviolables y las libertades fundamentales de las personas», en particular con respecto a la persona involucrada en un procedimiento penal¹.

¹ Al respecto, vid. HÄBERLE, P. (trad. FIERRO, H.), *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pp. 286 a 294. Según el Prof. HÄBERLE, contribuyen a la «defensa de la Constitución» los siguientes elementos: la protección del contenido esencial o el núcleo de los derechos fundamentales, la prohibición de rupturas o quebrantamientos constitucionales, la limitación

A través de la adopción de tales instrumentos jurídicos y procesales, se pretende preservar el ordenamiento y prevenir su violación, garantizando el desarrollo y la evolución, en virtud de su carácter abierto, plural y dinámico, de las propias disposiciones constitucionales a fin de lograr su compenetración con la realidad política. Dicho sistema de garantías penales representa, sin embargo, solo el punto final de un proceso más largo, que le ha dado y sigue dándole sentido y legitimación.

Sus orígenes se hallan en los principios fundamentales de los Estados constitucionales de Derecho, principios estos, como por ejemplo el principio-derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido con todas las garantías y el principio-derecho a la legalidad penal, que, aunque requieren un replanteamiento y adaptación al nuevo contexto europeo e internacional global, representan el núcleo de las tradiciones constitucionales comunes a los EEMM de las UE y, más en general, a todo Estado democrático. A partir de este núcleo, se puede constatar la existencia de un proceso penal europeo, aunque *in fieri*, esto es de una base, de un conjunto de principios y normas jurídicamente vinculantes, un mínimo común denominador en dicho ámbito, sobre cuyas raíces se está intentando construir un nuevo sistema de justicia penal.

Por todo ello, en el Capítulo I de este trabajo se analizará el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* en los Estados de la UE, desde la perspectiva del método jurídico constitucional comparado, el quinto método exegético de la interpretación², sus raíces y razones, el significado constitucional y el *status quo*, que su ejercicio ha asumido en los modernos Estados

de las modificaciones constitucionales, las limitaciones al proceso constituyente, las garantías del «orden fundamental de libertad y democracia» para la protección contra «los enemigos de la Constitución», el «estado de excepción» o la llamada «emergencia de Estado» y, reenviando al art. 20.4 de Ley Fundamental alemana, el derecho de resistencia «Contra todo aquel que se proponga suprimir» dicho orden.

² HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

democrático, los principios constitucionales que lo rigen y los derechos o valores que realiza. La finalidad de esta aproximación es indagar, en una tensión hacia la unidad, los distintos modelos a través de los que se ha llevado a cabo la constitucionalización del *ius puniendi*, que han caracterizado los Estados miembros de la UE, individualizando y sistematizando las categorías comunes y los elementos de diferenciación.

El análisis de tales modelos nos permite comprender el papel desempeñado por las Constituciones nacionales. Estas, mediante la recepción de un sustrato de principios y valores, que han constituido la base para la circulación y transposición de modelos y el desarrollo de un Derecho constitucional supranacional, se conciben como límite y garantía del *ius puniendi*, representando el punto de conexión sustancial entre los distintos ordenamientos que integran la UE.

Tales consideraciones constituirán una premisa necesaria para estudiar, en la segunda parte de este Capítulo, el proceso de constitucionalización del derecho penal europeo, con el fin de comprender cómo sus categorías han ido evolucionando y modificando por la influencia del proceso de integración, y si es posible y en qué medida trasladar tales principios al ámbito de la UE en la perspectiva de instituir un modelo de justicia penal supraestatal propiamente europeo, sobre la base de estándares mínimos compartidos.

2. LA RESPUESTA CONSTITUCIONAL EUROPEA: PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

En los Estados constitucionales de Derecho el *ius puniendi* se ha definido tradicionalmente como una técnica social del uso de la fuerza, exclusiva, exhaustiva y de *última ratio*, basada en el principio de subsidiariedad y de intervención mínima, «de definición, comprobación y represión de la desviación»³.

Su ejercicio ha sido por tradición de monopolio estatal, competencia exclusiva y excluyente de injerencias procedentes, por un lado, desde el exterior, de los ordenamientos jurídicos de otros Estados, siendo una prerrogativa inherente al núcleo duro de la soberanía estatal, a la cual los Estados no estaban dispuestos a renunciar; pero también, por otra parte, el ejercicio del *ius puniendi* excluye la intervención, mediante la autotutela, de los particulares, con la salvedad de casos extremos, como la legítima defensa, no pudiendo estos últimos disponer del derecho penal, puesto que ningún sujeto jurídico ostenta tal derecho, ni de sus consecuencias jurídico-penales, es decir de la pena.

De tal forma, identificando y calificando los más graves comportamientos ilícitos y sancionando, en su caso, a los sujetos responsables, mediante la regulación funcional del proceso penal, que constituye su principal instrumento, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado»⁴, al Estado se le atribuye un poder sancionador máximo con el objeto de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de los particulares (dimensión individual del *ius puniendi*) y la seguridad y estabilidad del ordenamiento, encontrando un punto de equilibrio en el conflicto constante entre la libertad personal del imputado y

³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 209.

⁴ A este propósito, el art. 117.3 CE dispone que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

la seguridad colectiva, entre la exigencia de represión del crimen y la necesidad de restablecer el orden jurídico vulnerado y de asegurar los valores superiores del ordenamiento, garantizando la paz, la seguridad y el bienestar de los pueblos (dimensión colectiva del *ius puniendi*).

Por todo ello, en este Capítulo, se ha considerado oportuno aproximarse al proceso de constitucionalización del *ius puniendi* en los Estados europeos, a través de la técnica de la comparación textual diacrónica, con el objeto de indagar los distintos modelos de Constituciones procesales penales, que los Estados de la Unión nos proponen. En este sentido, teniendo en cuenta que «La arquitectura institucional de la UE permite que el mismo derecho encuentre respuestas jurídicas a nivel regional, nacional, internacional y supranacional»⁵, se procederá a analizar la respuesta constitucional de los Estados de la UE en el ámbito nacional a la necesidad de establecer un sistema de garantías procesales comunes en el ámbito penal, un mínimo común denominador, que trascienda los confines nacionales.

Esta metodología, basada en la comparación de los textos⁶, intentando ordenarlos cronológicamente, es decir desde su evolución en el tiempo responde básicamente a tres exigencias. En primer lugar, nos permite individualizar cómo se han ido desarrollando y conformando los principios fundamentales del derecho procesal penal. En segundo lugar, de los principios esenciales que rigen el proceso y de las características básicas de los sistemas de justicia penal, se pueden deducir también las razones subyacentes y las finalidades que los

⁵ Vid. VESPAZIANI, A., «Prefazione», en AZPITARTE SÁNCHEZ, M./VESPAZIANI, A., *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Turín, 2009, pp. VIII.

⁶ El Prof. HÄBERLE define el método jurídico constitucional comparado como el quinto método exegético de la interpretación, el cual concibe la Constitución como «Ciencia de la cultura», expresión de la «sociedad abierta y plural de los intérpretes constitucionales». Al respecto, vid.: HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución Como Ciencia de la Cultura*, cit.. HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Rev. derecho com. eur.*, n. 3, 1998, pp. 113-136. HÄBERLE, P., «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *ReDCE*, n. 13, 2010, pp. 379-411.

Estados han pretendido alcanzar mediante la constitucionalización del *ius puniendi*. Y por último, dicho análisis permite reflexionar sobre la interacción entre los procesos de constitucionalización, internacionalización y europeización, que constituyen a día de hoy sus principales tendencias. En este sentido, se constata que, a pesar de la existencia en la UE de ordenamientos jurídicos no homogéneos entre sí y que presentan profundas diferencias, el punto de conexión se puede hallar en un plano más bien sustancial, en un sustrato de principios y valores, cuyo carácter fundamental no se discute y que ha constituido la base para la circulación y transposición de modelos y el desarrollo de un Derecho constitucional supranacional, que es el resultado de tales experiencias jurídicas.

Con respecto a sus raíces, desde una perspectiva diacrónico-comparada, el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* empezó a tener concreción en los Estados europeos solo a partir del siglo XIX a través de dos movimientos y tradiciones constitucionales paralelas, que responden básicamente al modelo anglo-americano (*Common Law*) y al modelo de la Europa continental (*Civil Law*)⁷. La experiencia angloamericana, que tiene sus orígenes en el constitucionalismo inglés, basado en la *auctoritas* de los jueces y en una cultura consolidada de los derechos individuales, culminó el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* con la adopción en 1868 de la enmienda XIV, la cual recoge la cláusula constitucional del *due process of law* o derecho al proceso debido, de la que emana y a la que se puede reconducir el núcleo de los demás derechos fundamentales de carácter procesal⁸.

⁷ FERRARA, G., «Garanzie processuali dei diritti costituzionali e “giusto processo”», *Rass. parl.*, 1999, vol. 41, n. 3, pp. 539-560. Según el A. el derecho a un proceso justo es un «principio inscrito en el código genético del constitucionalismo» (v. pp. 539 y ss).

⁸ Con respecto a la influencia de la tradición anglo-americana en el proceso de constitucionalización del *ius puniendi*, es importante recordar que tradicionalmente el art. 39 de la *Magna Carta Libertatum*, que por primera vez consagró el derecho a la libertad personal, ha sido considerado como el origen y el núcleo de la cláusula del debido proceso sustantivo (*due process of law*). Dicho artículo dispone que: «*No free man shall be taken,*

En cambio, la recepción de tales garantías en las Constituciones nacionales de los Estados de la UE se ha producido más tarde y se sitúa en el marco de los fenómenos de constitucionalización, europeización e internacionalización del *ius puniendi* y de sus principios fundamentales, los cuales empezaron a

outlawed, banished, or in any way destroyed, nor will we proceed against or prosecute him, except by the lawful judgment of his peers and by the law of the land». Mediante la adopción de la *Magna Carta*, el Rey se comprometía a garantizar «*per legem terrae*», en virtud de la Ley del Estado, que el Gobierno no afectara a la vida, ni a la libertad, ni a la propiedad de los individuos, considerados como los valores superiores del ordenamiento, sin un proceso debido y respetuoso con la ley en vigor en el momento de la comisión del delito. A partir de aquel momento, por lo tanto, el Rey ya no ostentaba una potestad absoluta que lo legitimaba a actuar arbitrariamente en el ámbito penal sino que antes de adoptar cualquier decisión en dicho ámbito tenía que consultar a los barones, viendo entonces limitada su esfera de actuación. Poco después, en 1354, el concepto de «debido proceso sustantivo» se recogió en un estatuto Inglés para interpretar la *Magna Carta*. La recepción en forma explícita en el estatuto de la expresión *due process of law* asume una gran importancia, pues a partir de este momento en el Reino Unido los órganos jurisdiccionales no podían pronunciarse ni sobre asuntos con relevancia civil ni penal sin que el justiciable hubiera tenido antes la posibilidad de defenderse ante un órgano jurisdiccional. Tales principios fueron posteriormente recogidos en la *Petition Rights* de 1628, en el *Habeas Corpus Act* de 1679 y en la Declaración de Derechos de 1689, tras la Gloriosa Revolución, y fueron reconfirmados en el *Act of Settlement* de 1701 y en el *Human Rights* de 1998. De tal forma, se convirtieron progresivamente en parte del patrimonio constitucional común a los modernos Estados constitucionales de Derecho. Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo de Estados Unidos, en reiteradas sentencias, hace referencia a la importancia de la influencia de la tradición del constitucionalismo inglés en el modelo americano. Entre las muchas sentencias, vid.: *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856); *Duncan v. Louisiana* 391 U.S. 145 (1968); *Hurtado v. California* 110 U.S. 516 (1884). En la sentencia *Duncan v. Louisiana* se afirma que: «*Nothing in the history of the phrase "due process of law" suggests that constitutional controls are to depend on any particular judge's sense of values. The origin of the Due Process Clause is Chapter 39 of Magna Carta*» (Page 391 U. S. 169). Sobre la influencia del modelo inglés, vid. MOTT, R. L., *Due process of law; a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1926. HOWARD, D. E., *The road from Runnymede: Magna Carta and constitutionalism in America*, University of Virginia Press, 1968. HENKIN, L., «Revolutions and Constitutions», *La. L. Rev.*, vol. 49, n. 5, 1989, pp. 1023-1056. MAYERS, L. (trad. CURLETTI, M. G.), *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milán, 1967. ISRAEL, J. H./KAMISAR, Y./KING, N. J., *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. RIDOLA, P., «Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo», en CARROZZA, P./DI GIOVINE, A./FERRARI, G. F. (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 21-58. MATTEUCCI, N., *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1987. COMBA, M., «Gli Stati Uniti d'America», en CARROZZA, P./DI GIOVINE, A./FERRARI, G. F. (coords.), *op. cit.*, pp. 127-157.

desarrollarse y a alimentarse recíprocamente solo a partir de la segunda mitad del siglo XX, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial⁹.

Tales procesos, que representan la reacción evidente a las terribles experiencias que caracterizaron el periodo entreguerras, fruto de los regímenes autoritarios y totalitarios, tanto de derecha, como el nazista en Alemania y el fascista en Italia, como de izquierda, en el caso del comunismo en Rusia y en los países del Este, los cuales concebían el derecho penal como un instrumento de opresión al servicio del Gobierno¹⁰, se desarrollaron en momentos y en formas distintas en los Estados o grupos de Estados europeos. De ahí, su carácter revolucionario, que ha llevado a un replanteamiento de las principales categorías, principios e institutos que regulan el ejercicio del *ius puniendi*¹¹.

⁹ RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y estado de derecho», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n. 4, 2006, pp. 203-233. Según el autor, la ideología que «Los individuos humanos son titulares de unos “derechos” inherentes a su dignidad de persona y por tanto a su valor universal, cuya realización y preservación es el único fundamento posible de legitimidad del poder y de la validez creado por este»... «en la Segunda Guerra Mundial fue utilizada para definir la postura de las Potencias Aliadas contra el totalitarismo fascista, a su término sirvió para la organización de la comunidad internacional y en los años de la guerra fría como instrumento básico, y a la postre decisivo de las potencias occidentales en su enfrentamiento con los Estados del socialismo real, se ha convertido tras la caída del muro en una ideología universal» (v. pp. 206-207).

¹⁰ DE VERGOTTINI, G., *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

¹¹ A este propósito, según CAPPELLETTI: «*Le Costituzioni oltre a porre le fondamentali norme di organizzazione, per loro natura sono intese a concretizzare, a storicizzare quella suprema scala dei valori sociali, che fanno capo all'idea di giustizia: esse sono intese a rendere per così dire positiva l'idea di giustizia, a rendere storico il diritto naturale: esse esprimo il drammatico tentativo di fissare nel tempo quelle idee, quei valori supremi, che sono in realtà essenzialmente mutevoli perchè si identificano con la storia stessa ossia con la vita dell'uomo*». CAPPELLETTI, M., «Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 C. e “due process of law clause”. Osservazione a sentenza, Corte Cost. (7 dicembre) 22 dicembre 1961, n. 70», *Estratto da Giur. cost.*, 1961, pp. 1282-1292. Sobre el punto vid. p. 202 del extracto. Y en la misma línea: AGUADO CORREA, T., «Constitución y Derecho Penal», en AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 1-22. La autora resalta la interrelación entre los cambios constitucionales y la evolución del derecho sancionador, afirmando que: «La relación existente entre la Constitución y el Derecho penal es innegable. La Constitución es expresión de los principios fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico. En la base de todo texto constitucional se encuentra latente una concepción del

Al margen de las peculiaridades que presentan algunos Estados como el Reino Unido, que, aunque no tiene una Constitución escrita, consta de una cultura consolidada en materia de derechos fundamentales, la cual, formalizada inicialmente en la Magna Carta, adoptada en 1215 por el Rey Juan sin Tierra, fue favorecida por la afirmación del protestantismo y de la ideología liberal y ha sabido mantenerse firme en el curso de los siglos, se observa que los Estados cuyas Constituciones se adoptaron antes de la Segunda Guerra Mundial no han supuesto una verdadera ruptura con el orden jurídico anterior, como en el caso de Irlanda, Austria, los Estados del Benelux o Suecia, o no enuncian en forma expresa los derechos de la defensa, como en el caso de Dinamarca, o, de todas formas, no los reconocen en forma suficientemente desarrollada. En cambio, los Estados, que adoptaron sus Constituciones después de aquel periodo, han procedido a reconocer, aunque con un distinto nivel de desarrollo, los principios fundamentales en materia procesal penal.

Si nos aproximamos a la constitucionalización del *ius puniendi* desde una perspectiva diacrónico-comparada, se puede observar que dicho proceso interesó antes a los países de Europa centro-occidental: Alemania, Italia, Francia (primer periodo de transición constitucional), seguidos por España, Portugal y Grecia (segundo periodo de transición constitucional), y por último, después de la caída del muro de Berlín en 1989 y la disolución de la URSS, también a los Estados de Europa centro-oriental, que tras un complejo periodo de transición constitucional empezaron su camino hacia la democracia (tercer periodo de transición constitucional)¹². Y no hemos de olvidar la reciente adhesión de Croacia, el 1º de julio de 2013.

Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico. Este es el motivo por el que los cambios constitucionales suelen venir acompañados de una reforma correlativa en el Código penal y añadiría en las Leyes de Enjuiciamiento criminal». Sobre el punto vid. p. 1.

¹² De acuerdo con LANDA ARROYO, C., después de la segunda guerra mundial, «el derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso,

Sin embargo, para comprender los distintos modelos de Constituciones procesales penales que se han desarrollado en los Estados miembros de la UE es necesario integrar la perspectiva diacrónico-comparada, a través de la ubicación temporal de los distintos modelos, individualizando algunos rasgos materiales comunes. De acuerdo con esta categorización se han elaborado los siguientes modelos:

1º Modelo. El primer modelo, desde el punto de vista de su ubicación temporal, incluye aquellos Estados, cuyas Constituciones han sido adoptadas antes de la Segunda Guerra Mundial o que no han determinado una fractura con el anterior régimen (Irlanda, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Austria, Suecia y Dinamarca). Por otra parte y desde el punto de vista material, precisa observar que las Constituciones de los Estados que se pueden reconducir a este modelo no han reconocido expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva. En este grupo también se puede incluir al Reino Unido, el cual no tiene una Constitución en sentido formal.

2º Modelo. El segundo modelo constitucional procesal incluye las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional (Italia, Alemania, España, Portugal, Grecia y Francia). En el ámbito de este modelo a su vez se pueden individualizar los siguientes sub-modelos:

Sub-modelo a). Se pueden reconducir al presente sub-modelo las Constituciones de Francia y de Alemania, las cuales siguen el modelo prebélico. Las Constituciones de estos dos Estados se limitan a enunciar algunos principios básicos que afectan al ámbito procesal penal. En este modelo se puede incluir también la Constitución de Grecia.

procurando la reintegración del derecho y el proceso», y se propuso, superando el positivismo jurídico procesal basado en la ley, atribuir el papel de garante de los derechos fundamentales a los jueces constitucionales. Sobre el punto: LANDA ARROYO, C., «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional», *Pensamiento Constitucional*, n. 8, 2002, pp. 445-461. Sobre el punto, en particular, vid. pp. 446.

Sub-modelo b). Este último comprende las Constituciones de Italia, España y Portugal, en las que el derecho a la tutela judicial efectiva representa una «clausula general», a la que se pueden reconducir todos los demás derechos de naturaleza procesal.

3. Modelo. Y por último, el tercer modelo comprende las Constituciones del tercer periodo de transición constitucional, que han sido adoptadas tras la caída del muro de Berlín. En dicho modelo se pueden distinguir los siguientes sub-modelos:

Sub-modelo a). Este sub-modelo reúne el grupo de Estados de la Europa del Este, que se adhirieron a la UE en 2004, con la inclusión de las islas mediterráneas de Chipre y Malta, de Croacia y de Finlandia. Las Constituciones procesales penales de este grupo se caracterizan por el desarrollo analítico de las disposiciones de carácter procesal, típico de un mini-código procesal penal, y la atención prestada a los derechos fundamentales del justiciable, que se desarrollan a partir del modelo de «clausula general».

Sub-modelo b). Este último comprende Rumanía y Bulgaria, que se adhirieron a la UE en 2007. Tales Estados se caracterizan por un rasgo material, es decir el desarrollo más sintético y limitado en su formulación de los derechos procesales básicos. En este modelo también se puede incluir a Hungría, que sobre todo tras la reforma constitucional de 2011 ha adquirido una posición singular en el panorama europeo, por la presencia de algunas disposiciones que intentan alterar el correcto ejercicio de la función judicial.

3. EL MODELO PROCESAL PENAL DE LAS CONSTITUCIONES ADOPTADAS ANTES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

De una aproximación diacrónico-comparada al proceso de constitucionalización del *ius puniendi* en los Estados de la UE, se deducen básicamente tres modelos. El primer modelo, que constituye el objeto de este epígrafe, reúne las Constituciones que han sido adoptadas antes de la Segunda Guerra Mundial o que, a pesar de haber sido adoptadas después, no han determinado ni un cambio de régimen, ni una fractura en el orden jurídico constituido. Estas se caracterizan también por un rasgo material común: la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva y de los derechos de la defensa. En este grupo, como se ha observado poco antes, se puede incluir también al Reino Unido, por no disponer de una Constitución formal.

En tales países, el debate en torno a la importancia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ha desarrollado sobre todo por la influencia de los acuerdos internacionales adoptados por tales Estados, en particular el CEDH y los Tratados constitutivos de la UE, atendiendo a las cláusulas de legitimación externa *ex Constitutione*¹³, y por la jurisprudencia pronunciada por el TEDH y el TJUE, que han permitido colmar el silencio de la Constitución al respecto.

¹³ Con respecto a las cláusulas de legitimación externa, reconocidas en las Constituciones de estos Estados, es interesante observar que en el Capítulo relativo a la justicia la Constitución de Luxemburgo, tras afirmar que: «La justicia se administra en nombre del Gran Duque por los tribunales y los juzgados. Sus resoluciones y sentencias se ejecutarán en nombre del Gran Duque» (art. 49), en la sección 4, el art. 49 bis establece que mediante tratado podrán atribuirse temporalmente a instituciones de Derecho internacional el ejercicio de competencias reservadas por la Constitución a los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial. De tal forma, se legitima a través de la adopción de tratados internacionales a Luxemburgo a incorporar a su ordenamiento interno estándares mínimos de tutela adoptados a nivel supranacional. En la misma línea, la Constitución de Bélgica, en el art. 34, se limita a afirmar que: «El ejercicio de poderes específicos pueden ser asignados por los tratados o una ley a instituciones de derecho internacional público». Y en forma parecida también Holanda introdujo con la reforma adoptada en 1953 las disposiciones contenidas en los arts. 92 a 94 C., que recogen las cláusulas de apertura al ordenamiento internacional y comunitario, a partir de

Entre los Estados que pertenecen al primer grupo, la Constitución belga (1831) y la de Luxemburgo (1868)¹⁴ tienen una formulación parecida, limitándose a reconocer, sin desarrollarlos, algunos de los derechos fundamentales de los justiciables. En cambio, en la Constitución holandesa no

un planteamiento monista de las relaciones entre ordenamientos. En virtud de tales disposiciones, se legitima a Holanda a conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público (art. 92 C.). Los tratados o acuerdos internacionales estipulados serán jurídicamente vinculantes a partir de su publicación (art. 93 C.) y en el supuesto de incompatibilidad entre lo dispuesto en tales tratados y acuerdos internacionales y lo dispuesto por el derecho interno, se aplicarán los primeros (art. 94 C.). En lo que concierne a los países escandinavos, la Constitución danesa distingue entre tratados internacionales de carácter meramente político (art. 19 C.) y los tratados que determinan el traspaso por acto legislativo de competencias soberanas (art. 20 C.) a autoridades internacionales instituidas sobre la base de acuerdos con otros Estados con el fin de «promover la cooperación» y el «orden jurídico internacional». De tal forma, los Tratados podrán desplegar sus efectos en el ordenamiento danés tras su ratificación con ley ordinaria. Por otro lado, para comprender el sistema de Suecia, es interesante hacer una lectura conjunta del art. 23, Capítulo II del «*Regeringsformen*», relativo a los derechos y libertades fundamentales, con el art. 5 Cáp. X, relativo a las relaciones con los otros Estados y las organizaciones internacionales. El primero, introducido junto a la Ley n. 1219/1994, de incorporación del CEDH, establece que: «Ninguna ley ni otra disposición puede ser promulgada si contraria a las obligaciones asumidas con el CEDH»; el segundo recoge la denominada «cláusula de legitimidad externa». Dicha cláusula reconoce al Parlamento la facultad de delegar sus poderes decisorios en las instituciones, órganos y organismos de la UE, a condición de que se mantenga un estándar de protección de los derechos fundamentales por lo menos equivalente al asegurado por la Constitución de Suecia y el CEDH y que la delegación de poderes sea respetuosa con los principios de la forma de gobierno y se desenvuelva en el marco de los mecanismos de cooperación con la UE. De ahí, el reconocimiento implícito de un núcleo mínimo intangible que no puede ser menoscabado ni siquiera por el Derecho de la UE. Y por último, Irlanda contiene en el art. 29 C. una cláusula de apertura al ordenamiento internacional y una cláusula de apertura europea, en la que se reconoce la existencia de las Comunidades Europeas.

¹⁴ La Ley de enjuiciamiento criminal de Bélgica asumió como modelo el sistema inquisitorio francés, regulado en el *Code d'Instruction Criminelle*, adoptado por Napoleón en 1808. Sobre el sistema de Bélgica: VERDUSSEN, M., «Los derechos fundamentales de los ciudadanos en la Bélgica Federal», *RCDP*, n. 31, 2005, pp. 173-202. SEPULCHRE, V., *La protection juridictionnelle des droits de l'homme en Belgique*, Kluwer, 2007. DELMAS-MARTY, M. (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Association de Recherches Pénales Européenes, editorial Edijus, Zaragoza, 2000. Con respecto a los principios fundamentales del sistema procesal penal de Bélgica v. pp. 203-217. Entre los derechos de los justiciables recogidos en las Constituciones de Bélgica y de Luxemburgo se encuentran: el derecho a la libertad individual (art. 12 CL y 12 CB), el derecho a no ser apartado contra su voluntad del juez que la ley le asigne (art. 13 CL y 13 CB), el principio de legalidad penal (art. 14 CL y 14 CB), la prohibición de la pena de muerte (art. 18 CL y 14 bis CB), y de la confiscación de bienes (art. 17 CL y 17 CB), el derecho de audiencia pública (art. 88 CL y 148 CB), el derecho a sentencia motivada (art. 89 CL y 149 CB).

hay una disposición que formule expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva o los derechos de la defensa, sino que el art. 113 C. se limita a afirmar que corresponde al Poder judicial juzgar los delitos (apartado 1), que «solo el poder judicial podrá imponer penas privativas de libertad» (apartado 3) y que «Con excepción de los casos dispuestos por la ley, las audiencias serán públicas y los fallos serán motivados. Las sentencias se pronunciarán en audiencia pública» (art. 121).

La ausencia de una disposición que reconozca en forma explícita el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos de la defensa es debida a que en el ordenamiento holandés tal derecho no adquiere por sí mismo rango constitucional¹⁵. De acuerdo con este planteamiento, la Constitución se limitaría a establecer las bases para la organización y administración del poder judicial; en cambio, las leyes orgánicas y las leyes procesales regularían los aspectos fundamentales del proceso y, entre estos, de los derechos fundamentales de los justiciables. A estas últimas se otorgaba, por lo tanto, más importancia por su mayor efectividad a la hora de asegurar la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico holandés¹⁶.

¹⁵ Sobre Holanda, vid.: VAN EMMERIK, M. L./BRENNINKMEIJER, A./BARKHUYSEN, T., «Access to Justice as a Fundamental Right in the Dutch Legal Order», *Netherlands reports to the fifteenth international Congress of Comparative Law, E.H. Hondius*, Intersentia, Antwerpen/Groningen, 1998, pp. 395-420. HOUTAPPEL, J. C., «Access to justice in Holland, A summary», en CAPPELLETTI, M./GARTH, B. (eds.), *Access to justice, Vol. I, A world survey*, Book II, Leiden, 1978, p. 581-594. HEIN VAN KEMPEN, P., «The Protection of Human Rights in Criminal Law Procedure in The Netherlands», *EJCL*, vol. 13, n. 2, 2009, pp. 1-37. CLAES, M./LEENKNEGT, G. J., «The Netherlands. A Case of constitutional leapfrog. Fundamental rights protection under the Constitution, the ECHR and the EU Charter in the Netherlands», en POPELIER, P./VAN DE HEYNING, C./VAN NUFFEL, P. (Eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts (Law and Cosmopolitan Values)*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 287-307.

¹⁶ Al respecto, vid. el Capítulo VI de la Constitución holandesa y sobre todo el art. 116 que dispone que: «1. La ley determinará los órganos jurisdiccionales pertenecientes al poder judicial. 2. La ley regulará la organización, composición y competencia del poder judicial. 3. La ley podrá disponer que también tomen parte en la administración de justicia por el poder judicial personas que no pertenezcan al mismo. 4. La ley regulará la vigilancia que los miembros del poder judicial encargados de la administración de justicia hayan de ejercer

Dicha concepción, sin embargo, ha evolucionado. A través de la incorporación de los tratados internacionales ratificados por Holanda en materia de protección de los derechos humanos y, en particular, del CEDH, los derechos fundamentales de carácter procesal han ido adquiriendo valor constitucional, considerándose parte integrante del ordenamiento holandés. Al respecto, es muy importante observar que por mandato constitucional, las cláusulas contenidas en un Tratado internacional y los actos normativos, *self-executing* y con eficacia *erga omnes* de las organizaciones internacionales, a las que se han conferido dichas potestades, tras su ratificación y publicación, con arreglo a los procedimientos previstos, son directamente aplicables¹⁷, no requiriéndose la adopción de un acto interno de transposición. Esta característica les permite adquirir una posición de primacía no solo respecto de las leyes parlamentarias sino también respecto de la misma Constitución, según la cual: cuando una disposición contenida en un tratado internacional no fuera conforme al texto constitucional o impusiera la necesidad de modificar la Constitución, su adopción requerirá una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos¹⁸ (art. 91.3 C).

La primacía de los Tratados internacionales y de los actos comunitarios de derecho derivado sobre el derecho interno es reiterada también en el art. 120 C., según el cual: «El juez no puede juzgar la constitucionalidad de las leyes y de los Tratados». Al respecto es importante precisar que Holanda es el único país europeo que prohíbe expresamente en su Constitución el control de

sobre el desempeño de sus funciones por tales miembros o por las personas a que se refiere el apartado anterior».

¹⁷ El art. 93 de la Constitución de Holanda dispone que: «Las disposiciones de los tratados y de las resoluciones de las instituciones internacionales que pueden ser vinculantes para todas las personas en virtud de su contenido serán vinculantes después de su publicación».

¹⁸ El art. 91.3 C. dispone que: «Todas las disposiciones de un tratado que no sean conformes a la Constitución o que lleven a un conflicto con esta serán aprobadas por las Cámaras de los Estados Generales solo si alcance al menos los dos tercios de los votos emitidos».

constitucionalidad. La ausencia de un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad produce consecuencias directas en la protección de los derechos fundamentales y con respecto al tema que nos interesa de los derechos fundamentales de carácter procesal, puesto que, de tal forma, los tribunales no pueden no aplicar aquellas disposiciones adoptadas por el Parlamento, que sean contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

También Austria ha intentado suplir la formulación sintética de su Constitución, otorgando rango constitucional desde 1964 al CEDH; lo cual ha supuesto la recepción automática en su ordenamiento de todos los derechos reconocidos en dicho texto¹⁹. Y más recientemente, en la sentencia del *Verfassungsgerichtshof Österreich*, U 466/11--U 1836/11, de 14 de marzo de 2012²⁰, que tenía por objeto la supuesta vulneración del derecho a un recurso efectivo y a un juicio imparcial, tal como reconocido en el art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, con respeto a procedimientos para la concesión de asilo, se ha reconocido a la Carta el valor de parámetro de constitucionalidad, sobre la base del principio de equivalencia²¹. En virtud de este principio, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, esta tendría la misma función que los derechos protegidos por la Constitución austriaca. Además, en virtud, de la cláusula contenida en el art. 52.3 de la Carta, los derechos, que encuentran reconocimiento también el CEDH, asumirían

¹⁹ La Constitución de Austria (1920) reconoce en forma clara y concisa algunos principios fundamentales que afectan al ámbito procesal penal, como el principio de legalidad, al corresponder a la Ley federal determinar la constitución y la competencia de los Tribunales y la garantía del juez predeterminado por ley (art. 83), la independencia de los jueces (art. 87), el carácter acusatorio del proceso penal, que será oral y público, salvo la ley disponga lo contrario (art. 90), la participación del pueblo en la jurisdicción atribuyendo competencia al jurado para los delitos sancionables con penas graves y faltas de naturaleza política (art. 91).

²⁰ Sobre la sentencia del Tribunal Federal austriaco, vid. KLAUSHOFER, R./PALMSTORFER, R., «Austrian Constitutional Court Uses Charter of Fundamental Rights of the European Union as Standard of Review: Effects on Union Law», *Eur Pub L*, vol. 19, n. 1, 2013, pp. 1-11.

²¹ Tribunal de Justicia, sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, C-33/76.

rango constitucional, siendo necesario atribuirles el mismo significado y el mismo alcance que los protegidos por este último.

En la misma línea, tanto la Constitución danesa (1953)²² como la Constitución de Suecia no contienen una referencia expresa al derecho a la tutela judicial efectiva. La primera se limita a reconocer la inviolabilidad de la libertad personal, la cual cuenta con las garantías de la reserva de ley y de jurisdicción, y a afirmar que una persona podrá ser privada de su libertad solo en el ámbito de un procedimiento penal (art. 71); y la segunda a asegurar que «toda privación de libertad se podrá someter a un tribunal sin dilaciones indebidas» (art. 9 del Capítulo 2 del Instrumento de Gobierno).

Y por último, en el grupo de Estados que no recogen o no desarrollan en forma adecuada los derechos básicos del justiciable se pueden incluir a Irlanda y al Reino Unido, cuyos sistemas pertenecen a la tradición del *Common Law*. La Constitución de Irlanda²³ (1937) recoge los principios fundamentales para el reparto de los poderes públicos y un catálogo de derechos fundamentales. Según lo dispuesto en dicho texto y conforme al principio de separación de poderes, el ejercicio de la función jurisdiccional en Irlanda corresponde a tribunales

²² La Constitución danesa se limita a reconocer las garantías orgánicas del ejercicio de la función judicial en el Título VI, arts. 59 a 65 C., reenviando al Estatuto la regulación del ejercicio del poder judicial. La Constitución reconoce la independencia del poder judicial (art. 64 C.), sometido solo a la ley, la prohibición de instituir Tribunales extraordinarios (art. 61 C.), su responsabilidad y fiabilidad. El sistema judicial danés se basa en una doble instancia. En forma parecida, la Constitución de Suecia en el Instrumento de Gobierno afirma que los tribunales deberán ser instituidos por ley y que la administración de justicia y la definición de los principales rasgos de la organización de los tribunales y las actuaciones procesales se establecerán por ley (art. 4 del Capítulo 11).

²³ NÍ RAIFEARTAIGH, U., «The European Convention on Human Rights and the Irish criminal justice system», *JSIJ*, 2004, vol. 4, n. 2, pp. 20-37. O'DONNELL, D., «A Comparison of Article 6 of the European Convention on Human Rights and the Due Process Requirements of the Constitution of Ireland», *JSIJ*, 2004, vol. 4, n. 2, pp. 37-67. ROZAKIS, C., «The Right to a Fair Trial in Civil Cases», *JSIJ*, 2004, vol. 4, n. 2, pp. 96-106. O'MAHONY, P., «The Constitution and criminal justice», en O'MAHONY, P., (ed.), *Criminal justice in Ireland*, Institute of Public Administration, Dublín, 2002. Según este último: «*The vagueness and the deficiencies of the Constitution in the area of criminal justice have had a very definitive negative impact at both the theoretical and practical levels*» (p. 77)

establecidos por la ley, los cuales serán independientes y sometidos exclusivamente a la Constitución y a la ley (34.1 C.)²⁴. Sin embargo, a continuación, a pesar de que la Constitución de Irlanda enuncie algunos derechos fundamentales que inciden en el procedimiento penal, no reconoce en forma expresa el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 38).

En cambio, distinto es el caso del Reino Unido²⁵. En este país no existe ni una Constitución formal, escrita, ni un código de derecho procesal penal. Los principios fundamentales en materia procesal penal han sido elaborados en el tiempo por la jurisprudencia y recogidos en textos como la Magna Carta, que en su art. 39 contempla el derecho a un proceso debido, la *Petition of Rights* de 1628, el *Bill of Rights* de 1689 y el *Habeas Corpus Act* de 1679²⁶. En dicho marco, más recientemente ha asumido gran importancia el *Human Rights Act*,

²⁴ Según el art. 34. 1 C. «Justice shall be administered in courts established by law by judges appointed in the manner provided by this Constitution, and, save in such special and limited cases as may be prescribed by law, shall be administered in public» y de acuerdo con el art. 35.2 C. «All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Constitution and the law».

²⁵ GREER, S., «The Legal and Constitutional Impact of the European Convention on Human Rights in the United Kingdom», en ARNOLD, R. (ed.), *The Universalism of Human Rights*, Springer, Dordrecht, 2013. DWORKIN, R., «Does Britain need a bill of rights?», en GORDON, R./SMITH, W. (ed.), *Human rights in the United Kingdom*, Oxford, Clarendon, 1996, pp. 59-77. SANTVINDER SINGH, J., «Constitutionalising rights without a Constitution: the British Experience under article 6 of the Human Rights Act 1998», *Statute Law Review*, vol. 27, n. 1, 2006, pp. 29-60. FELDMAN, D., «The territorial scope of the Human Rights Act 1998», *Cambridge LJ*, vol. 67, n. 1, 2008, pp. 8-10. ID., «The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles», *LS*, vol. 19, n. 2, pp. 165-206. SWEENEY, J., «The United Kingdom's Human Rights Act: using its past to predict its future», *Loy. J. Pub. Int. L.*, vol. 12, n. 1, 2010-2011, pp. 39-83.

²⁶ Entre los principios fundamentales que afectan a los derechos de la defensa, hemos de señalar la existencia de un derecho genérico a la defensa que se deriva del art. 4 de la *Petition of Rights* de 1628: «Nadie puede ser detenido, preso o muerto sin haber tenido la posibilidad de defenderse en un proceso legal». El acusado tienen igualmente derecho a ser informado de los motivos de su detención (art. 5 *Petition of Rights* 1628) y de su puesta en prisión (*Habeas Corpus Act*); el principio de legalidad en materia procesal, que impone el respeto de las leyes y de las costumbres y de presentación ante un Juez. (art I.12 del *Bill of Rights* 1689), el principio de proporcionalidad de las penas (art. 20 *Magna Carta*), la prohibición de penas crueles e injustificadas (art. 10 del *Bill of Rights* de 1689).

adoptado en 1998 y en vigor desde el 2 de octubre de 2001²⁷, mediante el cual el Reino Unido ha incorporado a su ordenamiento interno el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸. La recepción de tales derechos fundamentales en un acto con valor normativo vinculante *erga omnes* asume una incidencia importante a nivel político, con respecto al papel desempeñado por los órganos integrantes del poder judicial, en el ámbito jurídico-institucional y en los valores fundamentales en los que a lo largo de los siglos se ha inspirado y desarrollado la cultura constitucional de este país²⁹. A nivel político, se observa un cambio en la forma de concebir el entorno constitucional y de entender las relaciones entre los poderes del Estado. Esto ha llevado además a un replanteamiento del papel de los jueces, quienes tradicionalmente habían definido y llenado de contenido los derechos fundamentales, mediante sus construcciones jurisprudenciales. En este sentido, en virtud de su incorporación al ordenamiento interno del Reino Unido, el CEDH se presenta como «auxilio de interpretación de la norma escrita» y «parte integrante de la *Common Law*»³⁰, un parámetro al cual los

²⁷ El Reino Unido participó en las negociaciones del CEDH, siendo uno de sus principales impulsores y uno de los primeros Estados signatarios. El Reino Unido firmó el CEDH el 5 de noviembre de 1950, lo ratificó el 8 de marzo de 1951 y aceptó su jurisdicción en 1966. La *House of Lords* utilizó, por primera vez, el CEDH en 1974, en el asunto *R. v. Miah Lord Reid*, en relación con el principio de legalidad en materia penal y de irretroactividad, afirmando que se presume que el Parlamento debe legislar de acuerdo con los tratados internacionales.

²⁸ SANTVINDER SINGH, J., «Constitutionalising Rights Without a Constitution: The British Experience under Article 6 of the Human, Rights Act 1998», *Stat.LR*, vol. 27, n. 1, 2006, pp. 29-60. Según el autor: el *Human Rights Act*: «*It is an enduring example of how constitutional change can be wrought without a Constitution. In fact, it is now clear that the Human Rights Act is more than just a human rights act*» (v. p. 29).

²⁹ *Ibidem*. Según el autor, la adopción del *Human Rights Act* de 1998 ha tenido un impacto a nivel político, jurídico, institucional y en los valores y normas tradicionales del derecho común. El impacto a nivel político se puede individualizar en la transformación del paisaje constitucional y en la reorganización de las relaciones entre las principales ramas de la Constitución; el impacto a nivel jurídico en el avance hacia el proceso de constitucionalización de los derechos humanos básicos y el impacto a nivel institucional, en la reconfiguración del sistema en forma parecida a los países que se han dotado de una Constitución escrita. Todo esto, por supuesto, tiene una profunda incidencia en los valores y normas tradicionales del derecho común.

³⁰ ROSA, F., «Lo “Human Rights Act” e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali», *Pol. dir.*, vol. 31, n. 4, 2000, pp. 679-702. Sobre el punto, vid. p. 682.

jueces deberán conformarse y que, a su vez, los particulares podrán invocar para la defensa de sus derechos fundamentales. Por último, en lo que concierne a su impacto en el ámbito jurídico, es evidente que el *Human Rights Act* es algo más que un acto normativo de rango ordinario en el que se reconocen un conjunto de derechos humanos y libertades considerados fundamentales y se institucionalizan las garantías jurisdiccionales oportunas para su protección. Mediante dicho acto, también el Reino Unido ha recogido en su ordenamiento interno, «constitucionalizándolo» en el art. 6, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, que, de tal forma, se convierte en una fuente supra-legal, un texto dotado de valor materialmente constitucional, cuyo objeto es garantizar en el ámbito interno un mayor nivel de protección.

A su vez, la incorporación del CEDH en el ordenamiento interno del Reino Unido ha tenido una incidencia directa también a nivel institucional, produciendo, en virtud de la circulación de los modelos, el progresivo acercamiento del sistema constitucional del Reino Unido al modelo propio de los Estados Europeos de *Civil Law*, caracterizado por la presencia de Constituciones normativas³¹, y consecuentemente el replanteamiento de algunas de las principales categorías e institutos que han caracterizado el sistema jurídico del Reino Unido a lo largo de su historia.

De todo lo expuesto, se puede observar que el «modelo prebélico» se caracteriza por la existencia de un nexo común en relación a su ubicación temporal y de un rasgo material que consiste en la ausencia en tales Constituciones de una disposición, en la que se reconozca expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva. A este modelo se inspirarán, como se

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985. Sobre el valor normativo de la Constitución, afirma el autor: «Toda Constitución tiene valor normativo inmediato y directo». De ahí, la «sujeción o vinculación» de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución es consecuencia de su carácter normativo. Sobre el punto, vid. pp. 63 y 64.

observará en el siguiente epígrafe de este Capítulo, las Constituciones procesales penales de Francia y Alemania y, en cierta medida, de Grecia. Asimismo, en dicho marco no se puede soslayar la importancia de la interacción entre los distintos ordenamientos estatales y entre estos y el ordenamiento internacional, que ha favorecido el progresivo desarrollo y la consolidación de un Derecho común europeo. En este «modelo mínimo» de Constitución procesal penal, el derecho internacional y, en particular, los acuerdos internacionales en materia de protección de los derechos humanos fundamentales han cumplido un papel clave, puesto que han permitido suplir la formulación bastante limitada de tales Constituciones, impulsando la incorporación de los derechos fundamentales del justiciable, tal como contemplados en dichas fuentes e interpretados y aplicados por los órganos jurisdiccionales supranacionales, a sus ordenamientos internos. Todo ello, además, ha sin duda contribuido a consolidar el diálogo judicial europeo.

4. EL MODELO PROCESAL PENAL DE LAS CONSTITUCIONES DEL PRIMER Y SEGUNDO PERIODO DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL

Del modelo procesal penal de las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional se desarrollan dos tipos: las Constituciones que siguen el modelo prebélico, esto es el caso de Francia, Alemania y también de Grecia; y el «modelo de cláusula general», común a Italia, España y Portugal, cuyas Constituciones enuncian el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, concibiéndolo como una categoría general y omnicomprendiva, que constituye la base de los demás derechos procesales.

Con respecto a las Constituciones que siguen el «modelo prebélico», Alemania enuncia en forma clara y sistemática algunos principios básicos con incidencia en el ámbito procesal penal. En Alemania, la efectividad de la tutela jurídica procesal ante la vulneración de un derecho considerado fundamental se ha desarrollado a partir de la denominada «cláusula constitucional» *ex art. 19.4* de la Ley Fundamental, la cual, sin embargo, al establecer que «toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial», parece más bien referirse al derecho de acceso a la jurisdicción³². La

³² Sobre la Constitución procesal penal de Alemania, vid. los siguientes estudios: TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *REDC*, n. 33, 1991, pp. 145-174. TIEDEMANN, K., «La constitucionalización de la materia penal en Alemania», *Anuario de Derecho penal*, Lima, 1994, pp. 59. MADLENER, K., «The Protection of Human Rights in the Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany», en ANDREWS, J.A./United Kingdom National Committee of Comparative Law (ed.), *Human Rights in Criminal Procedure: A Comparative Study [revisions of Papers Presented at a Conference Organized by the United Kingdom National Committee of Comparative Law, Held at Manchester in Sept., 1978]*, BRILL, Leiden, 1982, pp. 238-258. HEYDE, W., «La jurisdicción», en BENDA, E. (coord.), MAIHOFFER, W./VOGEL, H./HESSE, K./HEYDE, W. (trad. por LÓPEZ PINA, A.), *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Instituto Vasco de Administración Pública, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, pp. 767-822. HAAS, E., «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, 2006, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Uruguay, pp. 1007-1026. La Ley Fundamental alemana recoge su Constitución procesal penal en los arts. 101 a 104 y enuncia algunos derechos fundamentales que asumen relevancia en el ámbito penal en los

formulación quizás demasiado concisa de los principios contenidos en la Ley Fundamental alemana ha sido suplida por el importante papel desempeñado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCF)³³, a quien le corresponde la «tarea de iluminar el Derecho penal con la luz de la Constitución». El TCF, con sus pronunciamientos, ha conseguido transformar «espiritualmente el derecho procesal alemán», deduciendo de la Constitución las reglas para la configuración de sus elementos estructurales³⁴. De tal forma, el TCF, convirtiéndose en el protagonista de un «proceso de desarrollo “cooperativo” y “dinámico” de los derechos fundamentales»³⁵, ha permitido desarrollar «una política constitucional procesal», «cuya legitimidad se acrecienta por el hecho de que los principios del proceso penal están particularmente ligados con los derechos fundamentales

arts. 1-19. Tales disposiciones tienen que ser leídas a partir del art. 1, que enuncia el principio fundamental de la dignidad humana. En particular, en el art. 104 «las garantías formales y materiales de la libertad se encuentran en una relación indisoluble», al incluir entre las «garantías constitucionales del proceso judicial» (Heyde p. 797) el principio de reserva de ley ya enunciado en el art. 2 GG. Dicho artículo deberá ser interpretado junto al art. 103.1 C., que reconoce las demás garantías procesales: el derecho a la audiencia y a manifestarse sobre la situación jurídica, la irretroactividad de la ley penal, el principio del *ne bis in idem*, la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19.2) y el principio de igualdad de armas (art. 3), en relación con los postulados del Estado Social (art. 20.1 GG). Y por último, es interesante observar que la Constitución alemana afirma en forma perentoria que: «Queda abolida la pena de muerte (*die Todesstrafe*)» (art. 102 GG).

³³ BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 57, 250 (274); 63, 380 (390 ss.); 66, 313 (318 ss.).

³⁴ TIEDEMANN, K. (trad. ARROYO ZAPATERO, L.), «Constitución y Derecho penal», REDC, cit., p. 168. En sus conclusiones a este estudio, el autor afirma la necesidad de un proceso penal y una doctrina penal a la luz de la Constitución y con respecto al papel de la ciencia penal se considera que «la doctrina penal alemana no se ha ocupado en absoluto de forma sistemática y general de la concretización del Derecho constitucional en materia penal, que, sin embargo, sí ha llevado a cabo la jurisprudencia y, sobre todo, la del Tribunal Constitucional» (p. 169).

³⁵ HÄBERLE, P., *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Comares, Granada, 2003, p. 290. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha calificado la garantía reconocida en el art. 103.1 como: «*the primordial procedural right of man, constitute for a due (judicial) process of law in a legal order attached to the rule of law, required by the dignity of man who in such a serious situation of life as is usually the case with a judicial proceeding must have the possibility to assert himself with factual and legal arguments (BVerfGE 55, 1, 6 (1980))*».

relativos al proceso, y, por otra parte, casi todos los actos procesales constituyen intervenciones directas sobre los mismos»³⁶.

Por su parte, la Constitución francesa de 1958, que no contiene ninguna referencia expresa al derecho a la tutela judicial efectiva, se ha limitado a hacer un tímido reenvío a que: «La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley (art. 66 C.)»; puesto que nadie «Podrá ser detenido arbitrariamente»³⁷. La ausencia de un desarrollo a nivel constitucional de los principios y garantías procesales fundamentales se puede reconducir, atendiendo a la tradición constitucional de Francia, al intento de dotar al legislador de una más amplia discrecionalidad en tal sentido.

Dicha laguna ha sido colmada, aunque solo parcialmente, por el Consejo Constitucional, el cual ha asumido progresivamente un papel importante en la definición de un modelo procesal penal conforme a Constitución y por la jurisprudencia del TEDH. El Consejo Constitucional empezó a declarar la inconstitucionalidad de normas que afectaban a la materia penal en 1959³⁸ y en la decisión, de 16 de julio de 1971, utilizó el concepto de «bloque de constitucionalidad»³⁹. Dicha categoría, según su doctrina, estaría integrada por las disposiciones contenidas en la Constitución de 1958, la Declaración de

³⁶ TIEDEMANN, K. (Trad. ARROYO ZAPATERO, L.), «Constitución y Derecho penal», *REDC*, cit, p. 168.

³⁷ Escasos son los principios fundamentales de carácter procesal penal contenidos en la Constitución de Francia, que se limita a reconocer la competencia del legislador para la definición de las infracciones y en materia de procedimiento penal y de amnistía (art. 34 C.), a garantizar la independencia y la inamovilidad de los magistrados (art. 64 C.), a reconocer el derecho a la libertad individual (art. 66 C.) y a prohibir la pena de muerte (art. 66-1 C.).

³⁸ FAVOREU, L., «Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel», *R.D.P.*, vol. 103, *93e année*, 1987, p. 443-454.

³⁹ FAVOREU, L., «El bloque de la constitucionalidad», *RCEC*, n. 5, 1990, pp. 45-68. Según el autor, el concepto de bloque de constitucionalidad abarca «generalmente, a los “principios y reglas de valor constitucional” para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley» (vid. p. 46).

Derechos del Hombre y del Ciudadano⁴⁰, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, que contribuyen a ampliar los principios fundamentales de naturaleza procesal penal del ordenamiento francés⁴¹. A raíz de la referida decisión, el 23 de diciembre de 1973, el Consejo Constitucional aplicó, por primera vez, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Y con respecto a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, el único principio en materia penal considerado como «fuente constitucional en materia penal» han sido los derechos de la defensa⁴². En cambio, no se ha reconocido

⁴⁰ Sobre este punto, es interesante poner de relieve que la DDHC, que se ha convertido en parte del patrimonio constitucional común a los Estados constitucionales europeos, se consideró parámetro de legitimidad constitucional de las leyes, integrando, de tal forma, el «bloque de constitucionalidad», solo tras la importante decisión del Consejo Constitucional, de 16 de julio de 1971, en la que se afirma que, ante la ausencia de un catálogo cumplido de derechos fundamentales, deben considerarse parte integrante de la Constitución, el Preámbulo a la misma y, por reenvío de este, la Declaración de 1789 y el preámbulo de 1946. La DDHC contiene «principios» de carácter liberal garantista, como el derecho a la libertad personal (art. 7), el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal (art. 8) y el derecho a la presunción de inocencia. Sobre tales principios fundamentales se han desarrollado el derecho penal y el derecho procesal penal modernos. *Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971. Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. Sobre el punto, vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., La justicia constitucional: una visión del Derecho comparado Tomo II. La justicia constitucional en Francia, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 216-230.*

⁴¹ Con respecto a los principios constitucionales del proceso penal, DELMAS-MARTY distingue entre principios específicos y no específicos. Entre los principios no específicos se encuentran: el principio de igualdad ante la ley y la justicia (arts. 1 y 6 DDHC; art. 2 Const.), el principio de legalidad (arts. 34 y 37 Const.; arts. 7 y 8 DDHC); la garantía judicial o «judicialidad» en el campo de la libertad individual (art. 66 Const.), la seguridad de las personas y de los bienes (PFLR); la dignidad de la persona (preámbulo de la Constitución). Son, en cambio, principios específicos del derecho penal: el principio de irretroactividad de las leyes (art. 8 DDHC), la necesidad de las penas (art. 8 DDHC) y sus corolarios: la aplicación de las penas más leves y el principio de proporcionalidad, la personalidad de las penas (PFLR); y con respecto al ámbito procesal penal destacan los principios de la presunción de inocencia (art. 9 DDHC) y los derechos de la defensa (PFLR). Sobre esta cuestión, vid. DELMAS-MARTY, M. (dir.), *op. cit.*, p. 266. En particular, con respecto a los principios fundamentales del sistema procesal penal de Francia, vid. pp. 263-280.

⁴² El Consejo Constitucional afirmó, por primera vez, el valor constitucional de los derechos de la defensa, que integran la categoría de los PFRLR, en su decisión de 2 de diciembre de 1976 relativa a la prevención de accidentes de trabajo (76-70 DC de 2 de diciembre de 1976, Rec. 39); y, con Decisión de 12 de enero de 1977, se incluyó también la libertad individual (76-75 DC del 12 de enero de 1977, Rec. 33).

valor constitucional al principio de personalidad de las penas y de responsabilidad personal y a los principios de individualización de las penas y de separación de jurisdicciones de instrucción y de juicio⁴³.

Y en la misma línea, también la Constitución de Grecia, adoptada, en el segundo periodo de transición constitucional se limita a reconocer en el art. 20 «el derecho a la protección legal ante los tribunales y a poder expresar ante estos sus puntos de vista sobre sus derechos e intereses, conforme a las disposiciones de la ley», sin enunciar en forma exhaustiva los derechos de la defensa⁴⁴. Tales disposiciones se han convertido, por lo tanto, en palabras de TSOURELI, en meras «*disposition cadres*», puesto que se limitan a garantizar a las personas sospechosas o acusadas solo una protección mínima, utilizando palabras «vagas» y «generales», que dejan un amplio margen de discrecionalidad en su desarrollo al legislador⁴⁵, habiendo sido deseable, en cambio, especificar el tipo de actos con los que se hubiera podido limitar estos derechos⁴⁶.

⁴³ ALLIX, D., «Le droit à un procès pénal équitable», *Justices*, n. 10, 1998, pp. 19-33. CEDRAS, J., «La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux États-Unis», *Rev.inter.dr.pén.*, vol. 82, n. 3-4, 2011, pp. 445-456. KOERING-JOULIN, R./SEUVIC, J. F., «Droits fondamentaux et droit criminel», *AJDA*, n. *spécial sur Les droits fondamentaux*, 1998, pp. 106-129. RENOUX, T., «Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français», en *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992. MARTENS, P., «La constitutionnalisation du droit juridictionnel», en *Mélanges Hannequart-Rasir*, Kluwer, Bruxelles, 1997, pp. 285-301.

⁴⁴ Con respecto al modelo constitucional procesal penal de Grecia, se reenvía a las siguientes disposiciones: el art. 2 afirma que la protección y el respeto del «valor humano» tiene que ser la primera obligación del Estado, el art. 4.1 dispone el principio de igualdad ante la ley, el art. 5.3 reconoce la inviolabilidad de la libertad personal y el art. 6 desarrolla los supuestos en los que el derecho a la libertad personal puede ser limitado y regula la prisión preventiva, el art. 7 reconoce el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y la prohibición de torturas. El art. 8 establece en el primer apartado la garantía fundamental del juez predeterminado por la ley en el respeto a los criterios de reparto de las competencias establecidas por ley y en el segundo la prohibición de la creación de comisiones o tribunales extraordinarios. También es muy importante el art. 20 C. que reconoce el derecho a la protección legal ante los tribunales y a poder expresar ante estos sus puntos de vista sobre sus derechos e intereses, conforme a las disposiciones de la ley.

⁴⁵ Este es el caso del art. 5 C. Vid. también arts. 87.2 y 93.4 C. TSOURELI, L., «Human Rights in Pre-trial and Trial Procedures in Greece», en ANDREWS, J.A./ United Kingdom National Committee of Comparative Law (ed.), *op. cit.*, pp. 202-237. Según el autor: «*The*

En cambio, las Constituciones de Italia (primer periodo de transición constitucional), España y Portugal (segundo periodo de transición constitucional) han intentado regular, ordenar y sistematizar en forma bastante parecida el ámbito de aplicación del derecho penal, material y procesal, mediante la elaboración de un catalogo más o menos amplio y completo de garantías, procediendo a configurar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (arts. 24 de la Constitución italiana, 24 de la Constitución española y 20 de la Constitución de Portugal) como un derecho complejo, un derecho en sí mismo o más bien una «cláusula general»⁴⁷, comprensiva y, a su vez, instrumental a la concreción y efectividad de todos los demás derechos procesales.

En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías se configura como la premisa ineludible, el elemento constitutivo e intangible del derecho a la libertad y seguridad personal, estando estos íntimamente vinculados. Mediante el uso de la técnica de la cláusula general, tales Estados han pretendido garantizar a «todos los ciudadanos el proceso y las garantías constitucionalizadas»⁴⁸ y se ha permitido elevar «al máximo rango normativo la instrumentación formal de un derecho fundamental: el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos» a través del «derecho a la jurisdicción», categoría jurídica poliédrica y compleja, integrada

Constitution contains no provision expressly guaranteeing a fair trial and recognition the right of the accused to be given adequate facilities and opportunities to be heard through the proceedings, and to prepare his defense. The provision of art. 20 I outlined above are far from adequate in this respect» (al respect, v. p. 206).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 205. Según el autor, la palabra ο νόμος «covers statutory instruments and police regulation as well as Acts of Parliament; and since the Constitutions does not distinguish, all these types of legislation that may be used create crimes, impose penalties, and vary the forms and conditions of punishment, the conditions for the conduct of investigations, interrogations and house searches, the conditions of the civil liability of the State and its officials for abuse of power, and so on».

⁴⁷ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *RPJ*, n. 5, 1987, pp. 41-49. Al respecto, vid. p. 43.

⁴⁸ STC 22/82, de 12 de mayo.

por un conjunto de garantías procesales «funcionalmente autónomas» aunque «absolutamente inseparables»⁴⁹.

En el ordenamiento italiano la cláusula general del «*diritto al giusto processo*» «se deduce plenamente de la lectura sistemática de los arts. 24.1 y 111.2 C.»⁵⁰. Tales disposiciones junto a las demás de relevancia penal recogidas en la Constitución italiana permiten «delinear el esquema fundamental del proceso debido», cuya estructura mínima se puede individualizar en el principio de contradicción y de igualdad sustancial de armas⁵¹. España⁵² también recoge el

⁴⁹ Con respecto a esta sistematización vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español», *Ius et Praxis*, n. 1, 1999, pp. 63-120.

⁵⁰ BIN, R./BARTOLE, S., *Commentario breve alla Costituzione*, II Ed., Cedam, Padua, 2008. Con respecto al art. 24 C. se reenvía a las pp. 201-245. Sobre el punto, vid. p. 208. Y con respecto al art. 111 C. se reenvía a las pp. 959-1010. En el comentario al art. 24 C., se hace referencia a que la locución «*giusto processo*» o «*processo giusto*» ha entrado en el debate jurídico italiano en la primera mitad de los años sesenta, cuando la cultura procesal ha dirigido su atención a una fuente que hasta el momento se había quedado en la sombra, el CEDH. Solo a partir de los años 80, la noción de proceso debido empieza a encontrarse establemente también en la jurisprudencia constitucional. (p. 960). Sobre este tema, vid. también: COMOGLIO, L. P., «I Modelli di garanzia costituzionale del processo», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 1991, pp. 673-741. DENTI, V., «Valori Costituzionali e Cultura Processuale», *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 443-464. UBERTIS, G., *Verso un giusto processo penale*, Giappichelli, Turín, 1997. BOATO, M., «I principi del “giusto processo” tra la Bicamerale e le nuove iniziative parlamentari», *Rass. parl.*, n. 3, 1999, pp. 521-538. FERRARA, G., *op. cit.* CHIARLONI, S., «Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2008, 129-152. TROCKER, N., «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 2001, pp. 381-410.

⁵¹ El art. 111 C. fue modificado por el art. 1 de la *Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione (GU n.300 del 23-12-1999)*. Antes de la reforma el principio del *giusto processo* se dedujo de una interpretación evolutiva del art. 24 C.. La *Corte Costituzionale* hacía referencia, al respecto, a las «*garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute*» (*Corte cost.* 41/1985; 220/1986; 26/1999). En particular, la sentencia de la *Corte Costituzionale* 26/1999 incluye entre las garantías procedimentales mínimas constitucionalmente debidas el respeto del principio de contradicción, la estabilidad de la decisión y la impugnación mediante el recurso por casación. Después se consolidó la interpretación conjunta del art. 24 con el art. 111 C. (*Corte cost.* 305/2002). Asimismo con respecto a las disposiciones recogidas en la Constitución italiana, que se refieren al proceso penal, hay que considerar, en particular, el art. 2 que proclama la inviolabilidad de los derechos fundamentales, el art. 10 relativo al procedimiento de extradición; el art. 13 que reconoce la inviolabilidad de la libertad personal, el art. 25 C., que establece la garantía del juez predeterminado por la ley y el principio de irretroactividad de la ley penal y por último el art. 27 C. sobre la finalidad de las penas.

derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido en la cláusula general *ex art. 24 C.*, considerado el «precepto estrella del firmamento jurídico-constitucional»⁵². Dicho precepto tiene que ser integrado por el art. 117 de la Constitución, que enuncia los principios y garantías fundamentales en el respeto a los cuales los jueces y magistrados integrantes del poder judicial tienen que desempeñar el ejercicio «de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». Según dicho artículo, los órganos integrantes del poder judicial serán «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». Y también, aunque no esté expresamente consagrado en la Constitución española, se puede incluir en el catálogo de los derechos fundamentales de las personas involucradas en un proceso penal, el principio acusatorio, que «se erige en una de las garantías esenciales del proceso penal que la doctrina del TC ha elevado a derecho fundamental, declarándolo implícito en el “*derecho a un proceso con todas las*

⁵² DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: Garantías procesales», en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. Tomo III - Artículos 24 a 38 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 2006, pp. 19-123. AGUIAR DE LUQUE, L., «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española», *RDP*, n. 10, 1981, pp. 1-23. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Madrid, 1992. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El Poder Judicial: breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia», *REDC*, n. 71, 2004, pp. 35-46. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1992. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999. CORDÓN MORENO, F., *Las Garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 40. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Madrid, 2011. El autor habla del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales en las pp. 29-36. FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español», cit.. LORCA NAVARRETE, A. M., «El derecho procesal como sistema de garantías», *Bol Mex Derecho Comp*, n. 107, 2003, pp. 532-557. LORCA NAVARRETE, A. M., *Constitución y poder judicial. De la potestad jurisdiccional constitucional como garantía*, Instituto Vasco De Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.

⁵³ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», cit., p. 41.

garantías” ex art. 24.2 de la CE»⁵⁴. Y por último, en la Constitución de Portugal el derecho a la tutela judicial efectiva se deduce de una interpretación sistemática del art. 20.1 C., que establece el derecho de acceso a la jurisdicción, afirmando que: «Se garantiza a todos el acceso a los tribunales para la defensa de sus derechos, no pudiendo denegarse justicia a nadie por insuficiencia de medios económicos», con el art. 32 C., que enuncia los derechos de la defensa⁵⁵.

El uso del modelo de cláusula general plantea básicamente dos cuestiones: la primera concierne al contenido y a la amplitud de dicha cláusula, que

⁵⁴ GIMENO SENDRA, J. V., «El derecho fundamental a un proceso acusatorio», *Diario La Ley*, n. 7869, 2012.

⁵⁵ Con respecto a la Constitución penal de Portugal, vid. FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito Processual Penal, Primeiro Volume*, Coimbra editora, Coimbra, 1984. En particular, sobre el sentido y la función del derecho procesal penal y su posición en el sistema jurídico portugués, vid. pp. 23 a 80. BARREIROS, J. A., «La nueva Constitución procesal penal», *REP*, n. 60-61, 1988, pp. 719-740. Según el autor, partiendo de la premisa de que: la «Constitución procesal penal es un enunciado de prescripciones, mandatos y situaciones subjetivas formuladas de modo abstracto, con un contenido abierto y con un ámbito de previsión para cuya delimitación normativa la propia Constitución no ofrece elementos seguros ni preordena reglas interpretativas» ... «En el ordenamiento constitucional global portugués, la Constitución procesal penal resulta de la conjunción integrada»: a) de las denominadas «garantías del procedimiento criminal», tipificadas en el artículo 32 de la Constitución; b) de otros derechos fundamentales que la Constitución consagra como derechos, libertades y garantías, como es el caso de la confirmación de la detención; c) de deberes fundamentales consagrados en el ordenamiento constitucional, aunque no en la sistemática de la ley fundamental; d) de normas de tipo organizativo, contenidas fundamentalmente en el título quinto de la parte tercera, dedicado a los tribunales (arts. 205 y siguientes de la Constitución). Con respecto a la Constitución procesal penal de Portugal vid. el art. 20 que enuncia el derecho de acceso a la jurisdicción, el art. 27 que reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad, el art. 28 que regula la prisión preventiva, el art. 29 que establece la aplicación de la ley penal y el principio del *ne bis in idem*, el art. 30 reconoce los límites de las penas y de las medidas de seguridad, el art. 31 regula el habeas corpus y el art. 32 las garantías del procedimiento penal. A este propósito, en la Constitución de Portugal entre las «garantías de la defensa» se incluye el derecho a la presunción de inocencia mientras no recaiga sentencia firme de condena, el derecho a la asistencia de un defensor en todos los actos del procedimiento; la fase instructora será competencia de un juez y la ley especificará los casos en que aquella deberá revestir forma contradictoria, el carácter acusatorio del procedimiento penal, la nulidad de las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones y que ninguna causa podrá ser sustraída a los tribunales cuya competencia esté fijada por una ley anterior.

reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, y la segunda a su concreción⁵⁶. Por un lado, desde una concepción político-material, los derechos procesales de naturaleza penal, expresa o implícitamente reconocidos⁵⁷, tienen vigencia bajo el

⁵⁶ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 173-238. pp. 207 y ss.

⁵⁷ En el ámbito del debate en torno a la sistematización de los principios fundamentales del modelo constitucional del *ius puniendi*, precisa destacar las teorías elaborada por algunos penalistas, que han respaldado el modelo constitucional penal. Según VASSALLI, importante jurista y ex Presidente de la *Corte Costituzionale* (1999 a 2000), tales principios pueden ser «expresos», «implícitos», o pueden tener el valor de «principios generales del Derecho», e inciden, aunque en forma diferente, en los tres momentos principales del ejercicio del *ius puniendi*: delito, proceso, pena. Por su parte, PALAZZO va más allá de VASSALLI, puesto que considera no solo como parámetro el valor constitucional, expreso o implícito, de tales principios, que se puede deducir de la categoría de los «principios del derecho penal constitucional» y de los «principios o valores constitucionales influyentes en materia penal», sino que individualiza otro dos parámetros: el «grado» y «el tipo» de incidencia de tales valores y principios constitucionales en el ordenamiento; incidencia que no depende solo del contenido de tales principios sino también de la forma en la que han sido formulados en el texto constitucional. De ahí, dependería su eficacia. Según el autor, el derecho penal constitucionalizado consta de «principios del derecho penal constitucional», los cuales tienen un contenido típicamente y propiamente penal (principio de legalidad, responsabilidad personal, derecho a la tutela judicial efectiva) y delimitan la «imagen constitucional» de un determinado sistema penal, al margen de su expreso reconocimiento en el texto constitucional. Los segundos, en cambio, son principios de rango constitucional que se refieren a materias constitucionalmente relevantes, pero que desde el punto de vista de su contenido son muy heterogéneos y no caracterizan el derecho penal. Tales principios responden a una instancia garantista frente a los arbitrios ínsitos en el poder punitivo estatal y en relación a la necesidad de establecer un equilibrio entre la posición de las partes en el proceso, el reo y la víctima. Con respecto al grado y a la incidencia de tales principios, se puede distinguir entre normas *self executing*, principios que requieren de integración y especificación y principios que derivan de los principios generalísimos del ordenamiento. Las primeras, las normas *self executing* tienen inmediata eficacia y aplicación en virtud de su formulación, que le permite integrar la norma constitucional directamente en el «tejido normativo penal», como en el caso de las normas en materia de inmunidad o extradición, cuya formulación más detallada no requiere de una ulterior integración y especificación. En cambio, las otras dos categorías que incluyen principios más generales como el principio de legalidad, en lo que concierne a la segunda categoría, o el principio de proporcionalidad o el *ne bis in idem*, con respecto a la tercera, requieren de una «obra de concreción». De este catálogo de principios fundamentales constitucionalizados en materia penal, de acuerdo con GARCÍA RIVAS, N., se deduce una «lista abierta cuya definitiva concreción reclama un contacto constante y dinámico con los valores constitucionales» y que permite elaborar una «definición del *ius puniendi* constitucionalmente orientada, de carácter formal-sustancial». Dicha noción se inspira en el principio de legalidad constitucional, tanto desde un punto de vista formal como desde el punto de vista de sus contenidos, esto es, con

manto del derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁸. Dicha cláusula general suele ser integrada tanto por un conjunto de garantías de carácter orgánico-institucional, como por aquellos derechos fundamentales de carácter procesal que se pueden subsumir en la categoría de los derechos de la defensa.

En particular, entre las garantías de carácter orgánico, las cuales se refieren al estatus de los órganos integrantes del poder judicial y a su relación con los

respecto a los «valores superiores del ordenamiento». De acuerdo con dicha perspectiva, que requiere de un análisis conjunto de la teoría del delito y de la pena y desde una perspectiva sustancial-formal, según MANTOVANI, es delito el hecho previsto como tal por la ley, irretroactivamente, en forma determinada, que despliega sus efectos en el mundo exterior, ofensivo de valores constitucionalmente significativos (o de todas formas no incompatibles) causalmente y psicológicamente atribuibles al sujeto sancionado con pena definida abstractamente y proporcionada a la relevancia del valor tutelado y al grado de ofensa y concretamente también a la personalidad del agente, humanizada y tendente a la reeducación del condenado, siempre y cuando la sanción sea necesaria, por la insuficiencia de las sanciones extrapenales que puedan tutelar adecuadamente tales valores. Su operatividad, de acuerdo con DONINI, M., requiere de una concretización teórica dentro de las categorías y del análisis de los distintos institutos. Esto significa que «la teoría constitucionalmente orientada del delito» tiene que definirse no solo en sentido meramente deductivo, es decir deduciendo directamente *ex Constitutione* reglas y meta-principios, sino también inductivamente, del sistema mismo en su conjunto, mediante una aproximación desde el método constitucional comparado en su interacción con el contexto en el que se desarrolla. Sobre esta cuestión vid. VASSALLI, G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006. PALAZZO, F. C., «Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)», en PIZZORUSSO, A./VARANO, V. (coords.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 531-615. GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996. Sobre el punto vid. p. 45. BRICOLA, F., «Teoria generale del reato», *Noviss.Dig.It.*, Utet, Turin, 1973, pp. 7-93. MANTOVANI, F., *Principi di diritto penale*, IIº ed., Cedam, Padua, 2007, pp. 3-10. MANES, V., «L'incidenza delle fonti sopranazionali in materia penale nello specchio della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana», en MEZZETTI, L./PIZZOLO, C. (coords.), *Diritto costituzionale transnazionale, Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013, pp. 425-460.

⁵⁸ En este sentido también vid: REED AMAR, A., *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven, 1998, p. 150. El autor afirma que: “[...] we must distinguish constitutional criminal procedure from criminal procedure generally. Not all sensible rules of criminal procedure can or should be constitutionalized. The Constitution –when read in light of this text, history and structure, its doctrinal elaboration in precedent, the need for principled judicial standard and so-simply may not speak to some issue. This is, of course, one of the reasons we have legislature- to make sensible policy where the Constitution permits choice. Legislative solution can be adjusted in the face of the facts or changing values far more easily than can rules that have been read into the Constitution».

demás poderes del Estado y con las partes en el proceso, se pueden incluir: la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la inamovilidad, el sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Tales garantías son comunes a todos tipos de procesos (penales, civiles, administrativos)⁵⁹. En cambio, entre las segundas, se pueden incluir los denominados «derechos de la defensa», esto es los derechos fundamentales de carácter procesal que corresponden a toda persona involucrada en un proceso penal, en sus distintas fases, y pueden ser comunes a cualquier tipo de proceso o afectar exclusivamente al proceso penal.

Sin embargo, tales garantías no están reconocidas necesariamente en modo expreso en la Constitución. Al respecto, piénsese por ejemplo que la Constitución española no contempla la garantía del juez imparcial, ni el derecho al recurso en materia penal ante una sentencia condenatoria o el principio acusatorio⁶⁰; no obstante, el carácter fundamental de tales derechos procesales se ha deducido de acuerdo con la teoría jurídico-formal de una interpretación sistemática del art. 10.2 CE con el art. 6 CEDH y el art. 14 PIDCP y de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español al respecto, que los ha considerado implícitos en el catálogo de los derechos fundamentales de las personas involucradas en un proceso penal.

Por otra parte y desde el punto de vista de su concreción, el modelo de cláusula general y su mero reconocimiento en las Constituciones es insuficiente para garantizar su efectividad. Por supuesto, tales derechos, una vez proclamados en un texto escrito, tienen que ser objeto de regulación por parte

⁵⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 (v. p. 540). Las garantías orgánicas, según el autor, integrarían el concepto de «jurisdicción *lata*»; en cambio las garantías propiamente procesales integrarían el concepto de «jurisdicción *strictu sensu*».

⁶⁰ GIMENO SENDRA, V., «El derecho fundamental a un proceso acusatorio», cit..

del legislador, quien deberá desarrollarlos⁶¹, dando forma al proceso penal, en el respeto a lo dispuesto por la Constitución, y encontrando un punto de equilibrio entre los derechos y deberes de las partes y el ejercicio de la función judicial, que incidirá en aquellos derechos básicos, aunque no podrá afectar a su «contenido esencial».

⁶¹ En España, por ejemplo, la regulación de tales derechos deberá tener lugar por ley orgánica.

5. EL MODELO CONSTITUCIONAL PROCESAL PENAL DE LOS PAÍSES DE EUROPA CENTRO-ORIENTAL

En cambio, en los Estados de Europa del Este, el desarrollo de un sistema de protección de los derechos fundamentales basado en el derecho a un proceso con todas las garantías ha empezado a tener concreción solo tras la caída del muro de Berlín y la consiguiente superación radical del modelo socialista, que determinó el comienzo de un complejo proceso de transición constitucional⁶² hacia la democracia y la búsqueda de nuevos equilibrios, no solo entre los poderes públicos en el ámbito interno sino también a nivel europeo e internacional⁶³.

Las revoluciones democráticas que interesaron en este periodo a los países de Europa del Este intentaron llevar consigo también la revolución de sus sistemas de justicia penal, a partir de las disposiciones recogidas en las Constituciones de dichos Estados y de su interpretación por parte de los Tribunales constitucionales, los cuales sobre todo en algunos Estados como

⁶² TEITEL, R. G., «Theoretical and international frameworks transitional justice in a new era», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 26, n. 4, 2002-2003, pp. 893-906. TEITEL, R. G., «Post-communist constitutionalism: a transitional perspective», *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 26, 1994-1995, pp. 168-190. En este último estudio la autora afirma que: «*Under the socialist system, laws and constitutions were enacted and used as instruments of repression. To the extent that there were constitutional rights, they were rights on paper*» (p. 173). ELSTER, J., «Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction Author(s)», *U.C.L.R.*, vol. 58, n. 2, 1991, pp. 447-482. SIEGELBAUM, J. H., «The right amount of rights: calibrating criminal law and procedure in post-communist central and eastern Europe», *B.U. Int'l L.J.*, vol. 20, n. 1, 2002, pp. 73-124. KÜHN, Z., «Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n. 3, 2004, pp. 531-567.

⁶³ Sobre la influencia positiva de los estándares europeos en el desarrollo de los ordenamientos de los países del este: KÜHN, Z., «European law in the empires of mechanical jurisprudence: the judicial application of European law in central European candidate state», *CYELP*, vol. 1, 2005, pp. 55-73. KÜHN, Z., «Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement», *Am. J. Comp. L.*, 52, n. 3, 2004, pp. 531-568. SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», *HRLR*, vol. 9, n. 3, 2009, 397-453. STEIN, E., «International Law in Internal Law: toward internationalization of central-eastern European Constitutions?», *Am. J. Int'l L.*, vol. 88, 1994, pp. 427-450.

Eslovaquia y la República Checa, a través del uso del método jurídico comparado y de la técnica de la circulación de los modelos e inspirándose en las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han intentado adaptarse a los estándares europeos e internacionales, y, de esta forma, remodelar sus ordenamientos con vistas a su adhesión al Consejo de Europa y a la UE⁶⁴.

Si analizamos las Constituciones de tales países, se pueden individualizar tres tendencias. Un primer grupo comprende aquellos Estados que han intentado dar una cierta continuidad al modelo de cláusula general, analizado en el epígrafe anterior, como la República Checa, Lituania y Finlandia. Un segundo grupo reúne aquellos Estados, como Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia, Chipre y Malta, que, aunque partan de la cláusula general del derecho a la tutela judicial efectiva, proceden a enunciar un catálogo amplio de garantías procesales, llegando en algunos supuestos a alcanzar los caracteres de un mini-código de enjuiciamiento criminal. De dicha técnica se entrevé el esfuerzo de tales Estados de adaptarse a los estándares europeos e internacionales, reafirmando algunos principios fundamentales. Y por último, se pueden reconducir a un tercer modelo los ordenamientos de Rumanía, Bulgaria y Hungría.

En lo que concierne al primer grupo de Estados, los cuales intentan seguir el modelo de cláusula general, el caso de la República Checa constituye un ejemplo interesante. La Constitución procesal penal de este país es el resultado de la interpretación sistemática de las disposiciones contenidas en su Constitución junto al catálogo de derechos y garantías procesales reconocidos por la Carta de Derechos fundamentales y Libertades, adoptada por Ley Constitucional n. 23/1991 y modificada por Ley Constitucional n. 2/1993, la

⁶⁴ A este propósito, piénsese que Polonia, Eslovaquia y la República Checa modificaron sus constituciones antes de la adhesión a la UE, que tuvo lugar el 1º de mayo de 2004.

cual forma parte de su ordenamiento constitucional (arts. 3 y 112)⁶⁵. En este sentido, la cláusula general que constituye la base de su Constitución procesal penal es contenida en el art. 96.1 C., según el cual «Todas las partes de un procedimiento tienen iguales derechos ante los tribunales».

También Polonia y Letonia se pueden incluir en este grupo. La primera recoge en su Constitución un catálogo bien estructurado y ordenado de disposiciones con incidencia en el ámbito penal, cuya base se puede individualizar en el art. 45 C., atendiendo al cual: «Todos tienen el derecho a un juicio justo y público, sin dilaciones indebidas, ante un Juez competente, imparcial e independiente»⁶⁶. En la misma línea, la Constitución procesal penal de Letonia, que se desarrolla a partir de los arts. 91 C. y 92 C., afirma que:

⁶⁵ Con respecto a la República Checa, vid. el art. 96 C., según el cual: «1. Todas las partes de un procedimiento tienen iguales derechos ante los Tribunales. 2. Los procedimientos ante los Tribunales serán orales y públicos; las excepciones a este principio estarán establecidas por ley. Los fallos serán pronunciados públicamente». Dicho artículo tiene que ser interpretado junto a los siguientes artículos de la Carta de los derechos fundamentales, la cual desarrolla los principios que afectan al ámbito penal en dos secciones. En la primera sección, de carácter más bien introductorio, correspondiente al Capítulo 1, se enuncian algunos principios generales como la prohibición de la pena de muerte (art. 6.3), la inviolabilidad de la persona y la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes (art. 7), el derecho a la libertad personal (art. 8) y algunos de los derechos de las personas acusadas o sospechosas de haber cometido un delito (8.3). La segunda sección correspondiente al Capítulo 5, se ocupa en forma más específica del derecho a la protección judicial, estableciendo en el art. 36 el derecho de todas las personas a acceder a la jurisdicción y a un proceso ante un juez independiente e imparcial (art. 36) y en los arts. 37-40 algunos derechos fundamentales de carácter procesal (arts. 37 a 40). KARABEC, Z., *Criminal Justice System in the Czech Republic*, Institute of Criminology and Social Prevention, 2011. HÖLLANDER, P., «The right to a fair trial in the Czech Republic», en AA.VV., *Le Droit À Un Procès Équitable Council of Europe*, Council of Europe, 2000, pp. 24-35.

⁶⁶ Polonia reconoce la inviolabilidad de la libertad y seguridad personal en el art. 41 y en el art. 42 de su Constitución los principios de legalidad, irretroactividad en materia penal, imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y el derecho de toda persona acusada a la defensa. En particular, el art. 42 sec. 2, garantiza de acuerdo con NOWAK, C., el derecho a la defensa en su vertiente material y formal al afirmar que: «Toda persona que esté siendo procesada tendrá derecho a la defensa en todas las etapas del procedimiento. Podrá, en particular, elegir abogado o disponer, de acuerdo con los principios establecidos en la ley, de un abogado designado de oficio» y en el tercer apartado se afirma que: «Todos se presumen inocentes hasta que su culpabilidad sea establecida por sentencia judicial firme». Sobre el punto vid.: NOWAK, C., «The Europeanization of Polish substantive criminal law: how the European instruments influenced criminalization in Polish law», *NJECL*, vol. 3, n. 3-4, 2012, pp. 363-380.

«Todos los seres humanos en Letonia son iguales ante la ley y ante los Tribunales. Los derechos humanos serán observados sin discriminación de ningún tipo» (art. 91 C.) y «[...] tienen el derecho de defender sus derechos e intereses legales ante un tribunal justo [...]» (art. 92 C.)⁶⁷.

Y por último, se incluye en este grupo de Estados la Constitución de Finlandia, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso debido en el art. 21, dedicado a la protección ante la ley. El sistema de justicia penal de Finlandia constituye el resultado de la influencia tanto del modelo nórdico-escandinavo como del modelo socialista de la Unión Soviética, aunque es sin duda más avanzado que los sistemas de los demás países del Este, gracias al importante desarrollo económico que ha interesado a este país a partir de los años 50⁶⁸.

La necesidad de una reforma de la legislación y de la política criminal en este país se hizo evidente a partir de los años 70 y fue impulsada antes por la adhesión al CEDH y al PIDCP y después por la reforma de la Constitución en 1999, en vigor desde el año 2000, la cual «garantiza la inviolabilidad de la dignidad humana y la libertad y los derechos de los individuos y promueve la justicia en la sociedad» (art. 1)⁶⁹. Esto transpuesto al ámbito penal significa que

⁶⁷ A continuación, la Constitución de Letonia enuncia el derecho a la libertad y seguridad personal, afirmando el deber de proteger la dignidad (art. 94), prohibiendo todo tipo de torturas, tratos crueles y degradantes y de sometimiento a penas inhumanas y degradantes (art. 95). Además es importante destacar que en el art. 89 se reconoce el deber del Estado de reconocer y proteger los derechos humanos fundamentales, de conformidad con la Constitución, las leyes y los acuerdos internacionales suscritos, entre los que se incluye implícitamente el CEDH.

⁶⁸ LAPPI-SEPPÄLÄ, T. (trad. por CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.), «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», *CPC*, n. 90, 2006, pp. 121-158.

⁶⁹ Según el art. 21 de la Constitución de Finlandia, dedicado a la seguridad jurídica: «Todas las personas tienen derecho a que sus asuntos sean considerados, apropiadamente y sin dilaciones infundadas, por los tribunales competentes o por otras autoridades con arreglo a la Ley, así como derecho a que las decisiones sobre sus derechos y deberes sean sometidas a un tribunal o a otro órgano judicial independiente. La publicidad de los procedimientos y el derecho a ser oído, a recibir sentencias fundadas y a recurrir, así como las garantías de un juicio justo y de una buena administración, estarán garantizados por Ley».

los poderes públicos no solo deberán garantizar los derechos básicos y las libertades y los derechos humanos (art. 22 C.) reconocidos en la Constitución, sino que deberán asegurar su protección efectiva⁷⁰.

Un segundo modelo de Constitución procesal penal incluye, en cambio, aquellos Estados que tras enunciar en sus Constituciones el derecho a la tutela judicial efectiva recogen un catálogo en algunos casos exhaustivo de los derechos fundamentales de carácter procesal. La Constitución de Estonia⁷¹, que se enmarca en dicho modelo, tras reconocer que la garantía de los derechos y de las libertades corresponde al poder legislativo, ejecutivo y judicial y a los órganos de gobierno locales (art. 14 C.), proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, afirmando que «Cualquiera cuyos derechos y libertades hayan sido violados tienen derecho a acudir ante los Tribunales» y «mientras su caso esté en los tribunales a solicitar que cualquier ley, otra legislación o el procedimiento sean declarados inconstitucionales» (art. 15.1).

A continuación, tras desarrollar el derecho a la libertad y a la seguridad personal (art. 20), la Constitución de Estonia presenta un elenco muy interesante de derechos y garantías procesales. Al respecto, es preciso señalar que Estonia es el único Estado que establece en forma expresa en su Constitución el derecho

⁷⁰ TOLVANEN, M. J., *Effective Defence Rights in the Finnish Criminal Procedure*, January 16, 2012, University of Eastern Finland Legal Studies Research, Paper n. 4, 2012. NUUTILA, A. M., «The Criminal Procedure System in Finland», en TRUNK, A./NUUTILA, A. M./NEKROŠIUS, V. (Hrsg.), *Recht im Ostseeraum*, Berlin, Berliner Wiss.-Verl, 2006, pp. 139–167.

⁷¹ Con respecto a la Constitución de Estonia, precisa señalar las siguientes disposiciones: arts. 13 y 14 en lo que se refiere a la protección del individuo por parte del Estado, el art. 15 enuncia el derecho de acceso a la jurisdicción y a la protección judicial, el art. 16 reconoce el derecho a la vida, el art. 18 la prohibición de tortura, pena o tratos inhumanos y degradantes, el art. 20 el derecho a la libertad y seguridad personal, el art. 21 los derechos fundamentales del justiciable, el art. 22 reconoce el derecho a la presunción de inocencia, en el art. 23 se reconoce el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de retroactividad de la ley penal favorable y el principio del *ne bis in idem*. En el art. 24 C. se contemplan una serie de garantías que afectan al proceso penal y en el art. 25 C. se establece el derecho a exigir indemnización por el daño moral y material sufrido. Tales disposiciones tienen que ser leídas junto al Capítulo XIII, que se ocupa de los Tribunales y del ejercicio de la función jurisdiccional (arts. 146-153).

de las personas privadas de libertad a ser informadas a la mayor brevedad, en una lengua y forma que le sea comprensible, no solo de la causa de la privación de la libertad sino también de los propios derechos procesales, dándoles la oportunidad de comunicarlo a las personas más cercanas (art. 21 C.). En este sentido, la Constitución de Estonia va más allá, incluso del CEDH, que no prevé expresamente el derecho a ser informado de los propios derechos procesales.

También Eslovenia ha recogido en su Constitución un modelo procesal penal muy interesante, bien organizado, desarrollado y sistematizado⁷². El derecho a la protección judicial, reconocido en el art. 14 C., se reafirma en el art. 23 C.⁷³. Entre los derechos que corresponden a toda persona privada de libertad, la Constitución de Eslovenia no se limita a reconocer el derecho a ser informado en la lengua materna o en una lengua que el justiciable entienda, de las razones por las que ha sido privada de su libertad, sino que prevé expresamente la entrega de una declaración escrita de derechos. Por tanto, el nivel de protección asegurado por la Constitución de Eslovenia supera también los estándares establecidos en el CEDH al disponer que: «En el menor tiempo posible tras ello,

⁷² Su Constitución se ocupa de las disposiciones con incidencia en materia penal en la Sección dos relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales (Capítulo V). En la primera parte de esta sección se puede observar que se enuncian algunos principios fundamentales de carácter general, los cuales, sin embargo, acaban teniendo incidencia también en el ámbito penal. La sección segunda abre con el art. 14 que reconoce el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de todo tipo de discriminación. Dicho artículo tiene que ser leído junto al art. 22 C., que reconoce en modo explícito el derecho a una protección equitativa en todo procedimiento ante un tribunal y ante otras autoridades del Estado, autoridades locales de la comunidad y las autoridades públicas que decidan sobre sus derechos, deberes o intereses legales. Asimismo, el art. 15 C. relativo al ejercicio y limitación de los derechos, tras afirmar la eficacia directa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en la Constitución y la posibilidad de su desarrollo legislativo, siempre y cuando esté dispuesto por la Constitución, garantiza su protección judicial y el derecho a obtener una indemnización por la violación de tales derechos y libertades (art. 26 y 30).

⁷³ El artículo 23 dispone que todas las personas tienen derecho a obtener decisión relativa a sus derechos, deberes y cualquier cargo que le sea imputado sin retrasos indebidos por un tribunal independiente e imparcial constituido según lo dispuesto por la ley. Solo un juez predeterminado por la ley puede juzgar a un individuo, el cual se considerará inocente hasta que sea declarado culpable por una sentencia firme (art. 27). Los procesos serán públicos así como las sentencias salvo lo dispuesto por ley (art. 24 C.).

también ha de ser informado de forma escrita de las razones por las que ha sido privado de libertad. Se le ha de indicar inmediatamente que no está obligado a realizar ninguna declaración, que tiene derecho a la asistencia legal inmediata de su propia y libre elección y a que la autoridad competente notifique, en base a su petición, a sus parientes o a personas cercanas su privación de libertad (art. 19)»⁷⁴. Tales disposiciones tienen la finalidad de garantizar el respeto de la personalidad y de la dignidad humana en los procesos criminales y en el resto de los procesos judiciales, así como durante la privación de libertad y la aplicación de sanciones penales (art. 21.1). A tal fin, se prohíbe expresamente cualquier forma de violencia y el uso de cualquier medio de coacción en la obtención de confesiones y declaraciones contra las personas cuya libertad haya sido restringida.

En este grupo de Estados, hemos de incluir también los «países mediterráneos» de Croacia, Chipre y Malta. La Constitución procesal penal de Croacia⁷⁵ contiene un catálogo de derechos fundamentales bien ordenado, articulado y coherente, que se desarrolla a partir del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. En su formulación es evidente la incidencia del art. 6 del CEDH. Y en la misma línea también las Constituciones de Chipre y Malta⁷⁶ presentan un catálogo muy exhaustivo de derechos

⁷⁴ De las garantías legales en los procedimientos criminales se ocupa también el art. 29.

⁷⁵ La Constitución de Croacia reconoce en el art. 28 que: «Toda persona se presume inocente y no puede ser considerado culpable de un delito hasta que su culpabilidad haya sido probada por una sentencia judicial firme» y en el art. 29.1 que «Toda persona tiene derecho a un juicio independiente e imparcial previsto por la ley que deberá, dentro de un plazo razonable, decidir sobre sus derechos y obligaciones, o sobre la sospecha o la acusación de un delito penal».

⁷⁶ La Constitución de Malta recoge su Constitución procesal penal en los siguientes artículos: en el art. 34 que se ocupa de las garantías contra toda detención o prisión arbitraria; en el art. 36 se ocupa de las garantías contra tratos inhumanos; en el art. 37 de las garantías contra la expropiación sin indemnización y en el art. 39 se desarrollan en forma quizás demasiado analítica para tratarse de un texto constitucional las garantías de defensa en juicio.

fundamentales, aunque en la Constitución de Chipre⁷⁷, a pesar de que dicho texto desarrolle en forma muy detallada los derechos y garantías procesales, siguiendo el modelo del CEDH, se constata la presencia de algunas disposiciones que se pueden considerar contradictorias y algunas que se alejan de forma evidente de los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales. Entre las disposiciones que se pueden considerar no conformes a los estándares europeos, se encuentra la previsión contenida en el art. 12.2 C., que si en el primer inciso parece reconocer el principio del *ne bis in idem*, afirmando que: «una persona que haya sido absuelta o condenada por un delito no podrá ser enjuiciada otra vez por el mismo supuesto delictivo»; en el segundo inciso, establece una excepción a tal principio, al prever que: «Nadie puede ser sancionado dos veces por la misma acción u omisión, salvo que de dicho acto o omisión sea derivada la muerte».

Si, por lo tanto, en los Estados de Europa del Este hasta ahora analizados se puede observar el intento de adaptarse al nuevo contexto europeo, desarrollando en algunos casos en forma analítica su Constitución procesal penal; otros Estados, esto es el caso de Rumanía y Bulgaria, sus Constituciones se caracterizan, en cambio, por un desarrollo bastante limitado de las garantías de carácter procesal penal. Al margen de la formulación limitada de tales

⁷⁷ Con respecto a la Constitución de Chipre, entre las disposiciones que integran su Constitución procesal penal, es preciso mencionar: el art. 3.4, relativo al idioma en el procedimiento, según el cual «Las actuaciones judiciales se tramitarán o efectuarán y las sentencias se redactarán en idioma griego si las partes son griegas, en el turco si fueren turcas, y en ambos si fueren griegas y turcas»; el art. 7, aunque proclame el derecho a la vida y a la integridad física, reconoce la posibilidad de aplicar la pena capital; el art. 8 prohíbe la tortura o la imposición de tratos deshumanos y degradantes; el art. 11 proclama el derecho a la libertad y a la seguridad personal y los derechos de la persona sospechosa; el art. 12 regula los derechos procesales de la persona acusada. Es interesante observar que la Constitución de Chipre incorpora no solo el derecho a la presunción de inocencia y el principio de irretroactividad, sino que también constitucionaliza el principio del *ne bis in idem* y el principio de proporcionalidad. Y por último, en el art. 30 relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías se vuelven a reiterar algunos de los derechos procesales básicos anteriormente reconocidos en el art. 12. VALDIDARES SUÁREZ, M., «Breve aproximación a la Constitución de la República de Chipre», *REDC*, n. 73, 2005, pp. 225-238.

principios, el proceso de constitucionalización de los derechos del justiciable en estos países ha sido obstaculizado sobre todo por la adhesión tardía de Bulgaria y Rumanía a la UE –se hizo efectiva solo a partir del 1º de enero de 2007–, que ha ralentizado la eliminación de las reminiscencias del modelo soviético, obligándoles a adaptarse en tiempos breves a los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales⁷⁸.

En particular, en lo que concierne a Rumanía, a pesar de su adhesión al CEDH desde 1994, el derecho a la tutela judicial efectiva se constitucionalizó solo en 2003. La Constitución de 1991 no lo contemplaba expresamente aunque se podía considerar implícito en algunas de las garantías enunciadas. Por otra parte, el texto actual de la Constitución rumana se limita a reconocer sin desarrollarlo el libre acceso a la justicia (art. 21), el derecho a la libertad individual (art. 23), el derecho a la defensa (art. 24)⁷⁹ y la garantía de la independencia judicial (art. 124.2). En particular, según el art. 21 C.: «Toda persona puede dirigirse a la justicia para defender sus derechos, libertades e intereses legítimos. El ejercicio de estos derechos no puede ser limitado por ley. Todas las partes tendrán derecho a un juicio justo y a una solución de sus causas en un plazo de tiempo razonable [...]». Asimismo se constitucionalizó solo en 2002 el principio de separación de poderes antes considerado meramente implícito. Por otra parte, al margen de la recepción tardía de estos preceptos en su Constitución, en Rumanía fuerte ha sido la actitud de resistencia de los tribunales ordinarios, respaldada a su vez por la doctrina, hacia el Tribunal

⁷⁸ GROZEV, Y., «Bulgaria», en CAPE, E./NAMORADZE, Z., *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, Soros Foundation, Moldova, 2012, pp. 93-151. Según GROZEV, Y., «*While this constitutional set up clearly has empowered the justice system vis-à-vis the political branches of government, it has not had the desired effect of guaranteeing equal justice. The system is criticized widely for a lack of transparency and accountability. There is a wide perception among the general public of corruption within the judicial system*» (v. pp. 94-95).

⁷⁹ El art. 24 C. se limita a afirmar que: «1. Se garantiza el derecho de defensa. 2. Durante el proceso, las partes tienen el derecho a ser asistidos de abogado, elegido por ellas o de oficio».

Constitucional⁸⁰ y la aplicación directa de la Constitución. En la misma línea, la Constitución de Bulgaria⁸¹ reconoce solo algunos de los derechos procesales básicos del justiciable y hace reenvío a los tratados internacionales ratificados, atendiendo al procedimiento constitucionalmente previsto, incluyendo de tal forma el CEDH.

Aun más singular en el panorama europeo es el caso de Hungría, cuya Constitución, reformada en abril de 2011 y en vigor desde 2012, no es el fruto de la transición constitucional, sino que fue adoptada en 1949, bajo el régimen comunista, gracias a la intensa labor jurisprudencial del Tribunal constitucional, que, mediante sus pronunciamientos, ha conseguido articular las bases teóricas de la Constitución y de los derechos ahí reconocidos y formular un sistema coherente, una «Constitución invisible»⁸². La Constitución de Hungría reconoce en el art. 28 C. el derecho a un proceso justo y público, en un plazo razonable, ante un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, a la presunción de inocencia y el derecho de todo imputado a la defensa en toda fase del proceso⁸³. Sin embargo, los principios reconocidos en esta disposición

⁸⁰ MATEUT, G., «“Continutul jurisdicției constituționale și implicațiile ei asupra procesului penal” (The Substance of Constitutional Jurisdiction and its implications in criminal proceeding)», *Draptul*, vol. 5, 2000, p. 46.

⁸¹ En particular, al respecto, vid. los art. 31 y 121, 122 y 123 C..

⁸² Sobre el carácter invisible de la Constitución de Hungría, vid. la sentencia del Tribunal Constitucional n. 23/1990: «*The Constitutional Court continue to [...] articulate the theoretical bases of the Constitution and the rights incorporated in it, and to formulate a coherent system that will serve, as an invisible constitution, as a safe guideline of constitutionalism above the existing constitution that is currently still being amended out of fleeting daily purpose*». BRUNNER, G/SOLYOM, L., *Constitutional judiciary in a new democracy*, Ann Arbor, University of Michigan press, 2000. SAJO, A., «Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary», *Oxford J Legal Studies*, vol. 15, n. 2, 1995, pp. 253-267.

⁸³ CSINK, L./SCHANDA, B./VARGA, A., *The Basic Law of Hungary: A First Commentary*, National Institute of Public Administration, Clarus Press, Dublin. (Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: <http://www.eui.eu/Documents/General/DebatingtheHungarianConstitution/TheBasicLawofHungary.pdf>). En particular, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la Ley Fundamental de Hungría, vid. pp. 183-191 y 315 a 322. FENYVESI, C., «Constitutional principles in the light of the defensive position», <http://jesz.ajk.elte.hu/fenyvesi9.html>, n. 1, 2002. Al respecto, el autor afirma que: «*The Constitution of the Republic of Hungary highlights four basic rules of*

arriesgan quedarse sin eficacia práctica por la presencia de disposiciones «lagunosas y ambiguas»⁸⁴, de las que se detecta en forma manifiesta el intento de alterar el equilibrio de poderes, en perjuicio del correcto desempeño de la función judicial. También ha despertado preocupación la previsión a nivel constitucional en el art. IV de la prisión perpetua sin condicionales por delitos dolosos realizados con una violencia particular. El impacto que la adopción de tales disposiciones ha suscitado ha sido muy fuerte no solo a nivel europeo⁸⁵,

just criminal proceedings; defence is distinctly emphasized beside presumption of innocence, respect for freedom and legal remedy».

⁸⁴ VECCHIO, F., *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padua, 2012, pp. 74 y ss. SOLYOM, L., «The role of constitutional courts in the transition to democracy», en ARJOMAND, S.A., *Constitutionalism and political reconstruction*, Koninklijke Brill NV, Laiden, 2007.

⁸⁵ En lo que concierne a la actitud de la Unión Europea, antes de la adopción de la reforma se solicitaron tres dictámenes a la Comisión de Venecia, órgano consultivo en el ámbito del Consejo de Europa. La Comisión de Venecia se pronunció en marzo de 2011 con el Dictamen CDLAD(2011)001, afirmando que hubiera sido recomendable que no se procediera a la incorporación de la Carta a la Constitución para evitar eventuales conflictos de competencias con la UE y en modo especial con el Tribunal de Justicia; en segundo lugar se instaba a mantener el reconocimiento de la legitimación para plantear el recurso abstracto al Presidente de la República sin extenderla también al Parlamento y a no suprimir sino, en su caso, únicamente a limitar la *actio popularis*. Como se puede observar de las tres indicaciones, Hungría solo siguió la primera relativa a la no incorporación de la Carta de los derechos fundamentales de la UE. 614/2011, CDL – AD (2011) 001 (On three legal questions arising in the process of drafting the new Constitution on Hungary) 621/2011, CDL – AD (2011) 016 (Opinion on the Constitution of Hungary). Vid.: [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)001-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)001-e.pdf). Y la Comisión Europea abrió tres procedimientos de infracción contra Hungría en relación con las leyes relativas al nuevo ordenamiento judicial, al banco central y a la protección de datos personales, en el marco de las reformas impuestas por la nueva constitución (17 de enero de 2012). El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la cuestión concerniente a la protección de datos con sentencia de 8 de abril de 2014, *Comisión/Hungría*, C-288/12, afirmando que: «Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, al poner fin antes de tiempo al mandato de la autoridad de control de la protección de datos personales» ... «sin respetar las garantías establecidas por la ley»...«menoscabando de este modo su independencia en el sentido del artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46. El hecho de que esta terminación antes de tiempo obedezca a un cambio de modelo institucional no puede hacerla compatible con la independencia de las autoridades de control exigida por esta disposición» (apartado 59).

sino también interno⁸⁶, induciendo al Tribunal Constitucional de Hungría a pronunciarse al respecto en un contexto de fuerte desacuerdo⁸⁷.

⁸⁶ Con respecto al ámbito interno, hemos de señalar que en la sentencia 33/2012 (VII.17), del 16 de julio de 2012, el Tribunal Constitucional de Hungría declaró la ilegitimidad constitucional de una parte de la ley CLXII de 2011 sobre el «Estatus jurídico y la remuneración de los jueces» al imponer con efecto inmediato y retroactivo la reducción de la edad pensionable para los magistrados de setenta a sesenta y dos años (art. 26 C.). Dicha disposición, según el Tribunal Constitucional húngaro sería inconstitucional desde un punto de vista formal, porque hubiera requerido ser adoptada por ley orgánica, por mayoría de los 2/3 de los votantes, y desde un punto de vista sustancial porque afecta a la independencia y a la inamovilidad de los jueces al prever su remoción del cargo en un plazo demasiado breve. A pesar de la declaración de inconstitucionalidad de los art. 90 ha) y 230, que han sido por lo tanto anulados, la sentencia en la práctica será difícilmente ejecutable, puesto que casi todos los jueces afectados por dicha normativa se jubilaron y ya han sido sustituidos. En virtud de tales normas se jubilaron acerca de 236 jueces sobre un total de 2900 en un periodo de 6 meses, entre los cuales 8 de los 20 presidentes de tribunales regionales, 2 de 5 presidentes de Tribunales de apelación y 20 de los 80 jueces del Tribunal Supremo. Con respecto a la sentencia del tribunal Constitucional de Hungría: <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/65C007BF136CD668C1257A2500476BFE?OpenDocument>. Y poco después, el TC con sentencia n. 45 del 20 de diciembre de 2012 ha anulado algunas de las Disposiciones Transitorias.

⁸⁷ Entre las disposiciones, que vulneran de forma evidente los estándares mínimos generalmente compartidos en este ámbito, hemos de señalar que en la nueva Constitución de Hungría desaparece la referencia al órgano de autogobierno de la magistratura (art. 50.1 C.), se procede a la supresión de la *actio popularis*, en virtud de la cual todo ciudadano podía acudir al Tribunal Constitucional contra cualquier acto legislativo o infralegislativo, que considerara contrario a la Constitución, y se modifica el control abstracto sucesivo. Según el nuevo diseño introducido por la reforma constitucional de 2011, la legitimación activa para plantear dicho recurso corresponde al gobierno, a ¼ de los miembros del Parlamento y al Ombudsman (art. 24.2). La ratio de tal disposición es evidentemente preservar los intereses de la mayoría. En dicho marco también es interesante hacer referencia a la disposición que atribuye al Parlamento, a petición del mismo Parlamento, que en Hungría es unicameral, del Gobierno o del Presidente de la República, la legitimación para solicitar al Tribunal Constitucional el control preventivo de una ley y la posibilidad de acudir al Tribunal constitucional no solo contra una decisión judicial o administrativa considerada contraria a una disposición constitucional, sino in cuanto tal. También se modifica la composición del Tribunal constitucional, que será formado por 15 jueces (antes eran 11) y su mandato que ahora tendrá una duración de 12 años (antes eran 9). Entre las disposiciones que afectan al ámbito penal, llama la atención también el reconocimiento de la pena a cadena perpetua sin posibilidad para el reo de suspensión de la pena.

6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL *IUS PUNENDI*: LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE Y GARANTÍA

6.1. Primera razón: reacción frente a los excesos del pasado

Desde la perspectiva de comparación de textos esbozada en el epígrafe anterior y a pesar de las diferencias político-institucionales, se observa que el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* en los Estados de la UE ha empezado a tener concreción solo después de la Segunda Guerra Mundial y ha sido impulsado por la necesidad de romper con un pasado autoritario y de abrir un nuevo capítulo en la historia del constitucionalismo, determinando una auténtica revolución⁸⁸, que ha tenido una incidencia profunda en sus categorías e institutos principales así como en todas las fases de su desarrollo, en sus niveles de regulación y en su aplicación judicial-hermenéutica⁸⁹.

⁸⁸ ESER, A, «“Humane” Criminal Justice in the Age of Europeanisation and Globalisation», en IRK, F. (Hrsg.), *The Third German-Hungarian Colloquium on Penal Law and Criminology: systems and developments of penal sanctions in Western and Central Europe*, Bibor Kiadó, Miskolc, 2005, pp. 107-131. El autor con respecto a la necesidad de aproximarse de otra forma al proceso penal, afirma lo siguiente: «*Thesis 3: We do not so much need an increase in the emphasis on “human rights” in the criminal process but rather a new approach to “humane” criminal justice. Therein the state may not become an end in and of itself; rather, the power of the state must serve to protect man (the individual) as well as all mankind. In this context, man has a triple role: as an individual, as a fellow--being, and as a link in an intergenerational chain*» (p. 109).

⁸⁹ Según TIEDEMANN, «El importante movimiento de reforma habido en Europa en el siglo XIX nos hace ver una primera dificultad, y una primera necesidad, de esta evolución: la necesidad de “traducir”, o de interpolar, en el derecho ordinario, “simple”, del proceso penal, las garantías de los derechos humanos formulados la mayoría de las veces en las Constituciones de los Estados –principios de la dignidad humana y de legalidad, derecho a la integridad física etc. El descubrimiento de los derechos procesales en el pensamiento constitucional ha contribuido a resolver esta primera dificultad, con la introducción de garantías más específicas: derecho a ser oído, a no ser perseguido más que una sola vez por el mismo delito, etc. Una segunda aportación para hacer más provechosa la relación entre derechos fundamentales, de carácter constitucional, y proceso penal, estriba en la creación de instituciones procesales, cuyo funcionamiento, para su ideal equilibrio, busca garantizar el respeto a la persona humana implicada en un proceso estatal, en lugar de hacer del individuo un objeto de este proceso». Sobre este punto, vid. TIEDEMANN, K., «Relación General del Coloquio Preparatorio. Sección III, celebrado en Toledo (España) del 1 al 4 de abril de 1992», *RIDP*, 1993, pp. 783-811. En particular, sobre el punto, vid. pp. 783-784.

El nuevo modelo de derecho penal propio del Estado Constitucional de Derecho, que constituye el resultado de la conexión entre el constitucionalismo y el garantismo, representa la síntesis entre la tradición liberal-iluminista, que impulsó la secularización del derecho penal y a partir de la que se ha consolidado el Estado de Derecho, cuya función clásica era garantizar la seguridad y el orden público, y la experiencia del Estado Social⁹⁰, basada en el intervencionismo estatal hacia la consolidación de la democracia y del *Welfare State*, del orden y de la paz social, en evidente antítesis con el absolutismo del *Ancien Regime*⁹¹ y con la experiencia de los Estados totalitarios del siglo XX. En estos últimos, el *ius puniendi* adquirió los rasgos de un «derecho penal de la

⁹⁰ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª Ed., BOSCH, Barcelona, 1982. Según el autor, la concepción del *ius puniendi* como límite y garantía de la libertad representa la síntesis de los principios propios del Estado liberal y del Estado social hacia la democracia. En este sentido, el Estado constitucional de Derecho sigue manteniendo los límites formales del Estado de Derecho y la orientación material del Estado Social. Al respecto afirma el autor: «Del Estado liberal adopta, sin duda, la idea de Estado de Derecho, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional (art. 1.2, de la Constitución), en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales» (pp. 20 y ss). Sobre la evolución del derecho penal vid. también: BINDING, K., *Grundriss de Deutschen Strafrechts*, AT, 8a ed., Leipzig, 1913, pp. 95 y ss. BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996.

⁹¹ En el Estado Absoluto del Antiguo Régimen, el proceso penal adquiere carácter inquisitivo. Estamos ante un procedimiento en el que no existe ningún acusador, ni acusado sino que el juez adquiere el papel de inquisidor y sentenciador y el particular/inquirido se convierte en objeto. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta: (siglos XVI - XVII - XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969. En particular, sobre el proceso penal y la administración de la justicia en el *Ancien Regime*, vid. pp. 153-200. Según el autor, las principales notas del proceso penal castellano vigente durante los siglos XVI, XVII y XVIII son: 1. La falta de imparcialidad del juez, que acaba siendo indagador de los hechos y encargado de suministrar pruebas, sobre cuyo contenido debería el mismo juzgar. 2. Ausencia de presunción de inocencia. 3. Inferioridad procesal del reo. 4. Reducción de las garantías procesales probatorias de la culpabilidad como medio para facilitar la persecución y el castigo de ciertos delitos. 5. Excesivo margen de arbitrio judicial. 6. Confusa estructuración de las instituciones de administración de justicia penal.

opresión»⁹², caracterizándose por la anulación de los principios del Estado de Derecho⁹³, de los derechos fundamentales del individuo y de las garantías procesales mínimas y por la comisión de graves crímenes.

Por todo ello y para evitar que estos acontecimientos volvieran a suceder, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se impulsó la progresiva positivización

⁹² MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 1977. En el relación con la libertad en el *Ancién Regime*, el autor afirma que: «La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendrá más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder» (Libro undécimo, Capítulo primero). Y «Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas. Una Constitución puede ser tal que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe» (Capítulo IV). «La libertad», según el A. «consiste en el ejercicio de la propia voluntad, o a lo menos (si ha de hablarse de todos los sistemas) en la creencia de que se ejerce la propia voluntad. La libertad política consiste en la seguridad, o a lo menos en pensar que se tiene la seguridad. Esta seguridad no está nunca más comprometida que en las acusaciones públicas o privadas. Por consecuencia de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano» (Libro duodécimo, p.123).

⁹³ Con la instauración de los Estados totalitarios, el *ius puniendi* vuelve a adquirir los rasgos de un «derecho penal de la opresión», mediante los esquemas del «enemigo del pueblo», en su acepción estaliniana o del «tipo normativo de autor», los cuales se pueden relacionar con el modelo elaborado por Schmitt basado en la oposición «amigo/enemigo». Vid. SCHMITT, C. (MARTOS, D. trad.), *El Concepto de lo Político*, Actcapköh Bücher, 1932. Dicha concepción del *ius puniendi* llegó a legitimar las actuaciones cometidas por tales Estados contra los «presuntos enemigos» de la Comunidad, representantes de la oposición, judíos, homosexuales, con la consiguiente anulación de los principios fundamentales del Estado de Derecho, de los derechos fundamentales del individuo y de las garantías procesales mínimas. En este periodo, en Alemania se anuló el principio de legalidad, introduciendo, en 1935, la extensión analógica de las normas penales, sobre la base del sentimiento del «Pueblo alemán», y se convirtió al juez en custodie del derecho. Su función ya no era proteger al individuo, sino garantizar el ordenamiento vital del Pueblo. Por lo tanto, el juez no estaba sometido a las normas abstractas y a los supuestos típicos predeterminados *ex lege*, sino que en virtud de su capacidad creativa le correspondía interpretar los hechos materiales que tenía que conocer, de conformidad al espíritu y a la conciencia de la comunidad a la que pertenece, una colectividad homogénea y basada en el principio del *Führung*, el deber de fidelidad al Estado, personificado en el *Führer*. En forma parecida, en los Países comunistas de la *ex* Unión Soviética, los órganos jurisdiccionales, de la misma forma que las demás instituciones, actuaban de conformidad a las finalidades y directrices del Partido comunista, del que el Derecho de la Unión Soviética era directa expresión. En cambio, en Italia el código Rocco, adoptado durante el régimen fascista, mantuvo formalmente el principio de legalidad aunque le atribuyó un significado restrictivo que lo privó de su contenido sustancial. Los jueces tenían la mera función de garantizar mediante normas escritas la «certeza» del derecho. En todo ello, hay que tener en cuenta que los jueces desempeñaban sus funciones sin autonomía ni independencia tanto con respecto al poder ejecutivo/político como con respecto a los demás jueces, entre los que se establecía una relación de jerarquía.

de los principios básicos, que afectan al ejercicio del *ius puniendi*, en los distintos niveles de regulación y espacios constitucionales de protección de los derechos humanos fundamentales que integran el sistema: el nivel constitucional estatal, europeo e internacional.

6.2. Segunda razón: la función de unidad y sistema

En los textos constitucionales de los modernos Estados democráticos del continente europeo se han incorporado disposiciones, que regulan y limitan el ejercicio del *ius puniendi* y reconocen los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal. Todo ello ha impulsado en modo decisivo la elaboración y definición de un «modelo constitucional penal» o de una «Constitución procesal penal», es decir de una «definición constitucionalmente orientada»⁹⁴ de las principales categorías del *ius puniendi*. Tales categorías abarcan todas las fases de su ejercicio, desde la formulación del precepto penal, a su fase de aplicación y ejecución, al conjunto de garantías, de carácter sustancial y procesal, concernientes al ejercicio de la jurisdicción y a la administración de la justicia, al desarrollo del proceso penal y a los derechos fundamentales de las partes involucradas en el proceso, en especial con respecto a los derechos de naturaleza procesal-jurisdiccional del justiciable, los cuales se pueden resumir en el precepto constitucional reconocido como derecho a la tutela judicial efectiva mediante un proceso con todas las garantías y sin indefensión⁹⁵.

Aquí se muestra cuál es la función que la Constitución⁹⁶ asume en dicho proceso y que incidencia tiene en la nueva configuración del *ius puniendi*. En el

⁹⁴ Según DONINI, M., «la teoría constitucionalmente orientada del delito, tiene que definirse no solo en sentido meramente deductivo, deduciendo directamente *ex Constitutione* reglas y meta-principios, sino también inductivamente, del sistema mismo en su conjunto, mediante un aproximación desde el método constitucional comparado en su interacción con el contexto en el que se desarrolla». DONINI, M., *Teoría del reato*, en Dig. Disc. Pen., vol. XIV, Turín, 1999, p. 236.

⁹⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997, p. 37.

⁹⁶ En este sentido, vid.: HESSE, K., *op. cit.*, pp. 1-15. Según el autor, la Constitución, delineando la arquitectura del Estado y el cumplimiento de sus tareas «puede considerarse

nuevo modelo constitucional del proceso penal, la Constitución, que es la Ley suprema⁹⁷, representa su «plataforma de partida»⁹⁸, en función unificadora del sistema. Esta tensión hacia la unidad tiene incidencia tanto en un plano formal como en un plano material. Por un lado y desde el punto de vista formal, la Constitución, en virtud de su posición de supremacía respecto a las demás fuentes del ordenamiento, constituye el fundamento de validez⁹⁹ del derecho procesal penal en su conjunto, siendo presupuesta como norma fundante¹⁰⁰ básica, a partir de la que se articula y estructura todo el sistema, ordenándolo¹⁰¹. Pero a la vez y desde un punto de vista material, la recepción de tales derechos en la Constitución los convierte en elementos constitutivos y legitimadores del ordenamiento, en tanto que configuran los valores materiales sobre los que la sociedad y el Estado se organizan, de los que son expresión y que constituyen el origen mismo del poder estatal, que deberá tender a su realización y preservación, sancionando toda eventual violación¹⁰².

como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal», el cual procede a delinear la arquitectura del Estado, su «plan estructural básico, orientado por determinados principios dotadores de sentido, para la forma jurídica de una comunidad», dándole, en virtud de su carácter abierto, dinámico y vinculante continuidad y contribuyendo a la vez a conservar su identidad y a adaptarla al contexto en el que está inmersa.

⁹⁷ GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 1997. Sobre el punto, en particular, pp. 43.

⁹⁸ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Turín, 1992, p. 9.

⁹⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 1993, pp. 202-203.

¹⁰⁰ En este sentido, Almagro Nosete al analizar la relación entre Derecho Constitucional y Derecho procesal afirma que: «El Derecho Constitucional guarda una analogía significativa con el Derecho Procesal; afecta a todo el ordenamiento, no es un Derecho sectorial (civil, administrativo, penal, mercantil, etc.). La diferencia radica en la razón de dicha generalidad, mientras que el Derecho Constitucional fundamenta, en virtud de su carácter de primariedad respecto del desarrollo legislativo, todas las demás ramas jurídico-positivas, el Derecho procesal instrumenta la efectividad judicial de todas las normas jurídicas, sea cual sea su naturaleza. Por eso, el Derecho procesal recibe del Derecho Constitucional la positivización en materia procesal». ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal*, Trivium, Madrid, 1995, p. 37.

¹⁰¹ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho, Principios del Ordenamiento constitucional*, Vol. I., Tecnos, Madrid, 1991, p. 96.

¹⁰² RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, p. 232.

6.3. Tercera razón: El *ius puniendi* como garantía de la seguridad y del orden público

En el proceso penal el derecho subjetivo a la libertad personal, que la defensa ha de hacer valer, se contrapone al derecho del Estado, es decir de la parte acusadora, a enjuiciar y, en su caso, imponer una pena en defensa de la seguridad y del orden jurídico constituido. Por lo tanto, si todo sistema de justicia penal es la manifestación de un determinado equilibrio alcanzado entre libertad y seguridad, en los Estados constitucionales de Derecho dicho equilibrio emana precisamente de la Constitución y asimismo de su efectividad dependerá también el grado de concreción de dicho sistema. De aquí, la necesidad de constitucionalizar el proceso penal con un nivel de desarrollo superior, asumiendo como parámetro de racionalidad, justicia y legitimidad de la intervención punitiva la Constitución, que en virtud de sus carácter normativo, asume el rol de Ley superior del Estado, de «Ley Fundamental Presupuesta» para «articular un sistema lógico entre normas»¹⁰³, cuyo fin es proceder a definir el reparto de los poderes y las garantías de los derechos fundamentales.

Esto significa que, por un lado, la *auctoritas* del Estado a ejercer el derecho a castigar, que forma parte del poder del Estado, deriva directamente de la Constitución en virtud del compromiso constitucional¹⁰⁴ y se lleva a cabo mediante el «proceso». Este último constituye por lo tanto el instrumento

¹⁰³ BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁴ Tal instrumentalidad y complementariedad, sin embargo, no excluye, según LORCA NAVARRETE, que el derecho procesal pueda actuar como un «sistema con autonomía y sustantividad propia»... configurándose como el ordenamiento jurídico, al cual le corresponde hacer posible la función jurisdiccional a través de un sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis, la tutela judicial efectiva (art. 24 C.) a través del debido proceso sustantivo. Por ello, el derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través de la llamada tutela judicial efectiva –el llamado proceso debido. En palabras del autor: «El garantismo supone dar respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y de ahora”, respecto de este [y no de otro] concreto momento constitucional, frente a una proyección exclusivamente instrumental, atemporal y acrítico del habitual y común procedimentalismo de nuestras leyes de enjuiciamiento». LORCA NAVARRETE, A.M., *Constitución y poder judicial*, cit., pp. 273 y ss.

necesario, el medio jurídico con el que los órganos jurisdiccionales cumplen la función que les ha sido asignada por la Constitución para responder a los comportamientos considerados más graves que vulneran los valores esenciales de la Comunidad, cuya predeterminación se establecerá por ley, y que denotan una desviación en el comportamiento de su autor, satisfaciendo y haciendo efectivo el derecho a la justicia en el ámbito penal. Y por otra parte, aunque el Estado, en virtud de su legitimación *ex Constitutione*, pueda imponer límites a la libertad con el fin de asegurar el orden jurídico y garantizar la democracia y la paz social, este deberá en todo caso evaluar y ponderar adecuadamente tales exigencias con los derechos fundamentales de las personas implicadas en el proceso penal, tanto los derechos del imputado, como los derechos de la víctima¹⁰⁵, los cuales en virtud del reconocimiento constitucional se conciben como «pretensiones subjetivas absolutas, validas por sí mismas, independientemente de la ley¹⁰⁶», adquiriendo el rango de derechos subjetivos públicos y concretos.

6.4. Cuarta razón: el derecho procesal penal como límite e instrumento de libertad

Por lo tanto, en virtud de esta nueva concepción del *ius puniendi*, cuyo fundamento se halla en la Constitución, el derecho procesal penal asume la función, ya no solo de límite a la libertad en aras a la seguridad pública, sino de instrumento de garantía¹⁰⁷ de la libertad y de su efectiva protección frente a los

¹⁰⁵ GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, cit., pp. 25 y ss.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., define las garantías procesales como un área «que pone de manifiesto la consideración del proceso penal no como un mero instrumento para la aplicación del derecho penal, sino también como un medio de garantía de los ciudadanos sujetos al proceso frente al Estado, en cuanto titulares de derechos subjetivos materiales penales que este debe hacer realidad; lo determinante en esta configuración es entender que para el individuo al que se convierte en parte pasiva en el proceso penal, el proceso penal es la garantía de sus derechos, algunos materiales y otros procesales, pero especialmente de su derecho a la libertad». Al respecto, vid.: ARANGÜENA FANEGO, C., «El derecho a la asistencia

arbitrios procedentes del poder estatal. En este sentido, aunque el derecho procesal penal en los modernos Estados constitucionales de Derecho siga teniendo la función clásica de inducir al individuo a abstenerse de interferir indebidamente en la esfera jurídica de los demás, mediante la amenaza de una sanción, predeterminada por ley, poniendo «límites a su libertad» (*ius puniendi*-límite de la libertad), pretende garantizar la libertad de los demás y proceder a la tutela de bienes constitucionalmente orientados. De ahí, la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre las exigencias de seguridad y el respeto a la persona humana, que desde una perspectiva antropocéntrica y en virtud del principio personalista¹⁰⁸ es considerada titular de un valor mínimo irreductible, la dignidad humana; lo cual ha convertido el *ius puniendi* de límite a fundamento e instrumento de libertad.

Por lo tanto, en palabras de CALAMANDREI, el nuevo modelo de *ius puniendi* del Estado Constitucional de Derecho se desarrolla, a partir de la premisa de que todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio y si el ordenamiento no asume como parámetro de referencia el respeto a la persona humana¹⁰⁹, considerada sustancialmente anterior al Estado mismo, el cual tiene el deber de preservar sus aspectos esenciales y de proceder a su reconocimiento en el texto constitucional, otorgándoles un plus de garantía.

letrada en la directiva 2013/48/UE», *RGDE*, n. 32, 2014, pp. 1-31. Sobre el punto, se reenvía a p. 3.

¹⁰⁸ Vid. ONIDA, V., «Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana», en AMATO, G./BARBERA, A., *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1986. Según el autor, el principio personalista expresa sobre todo una prioridad de valor: «*Non la persona è per lo Stato (o per la nazione, o per qualche altra entità collettiva), ma lo Stato è per la persona*» ... «*Il principio personalista comporta però che vi sia un limite invalicabile agli interventi dei pubblici poteri nella sfera dell'individuo, sia pure per il conseguimento di fini di pubblico interesse e di obiettivi voluti dalla collettività. Vi è una sfera della personalità, fisica e morale, che è comunque "inviolabile"*» (pp. 104-105).

¹⁰⁹ CALAMANDREI, P., «Processo e giustizia», *Riv dir proc.*, Vol. V, Parte I, 1950, pp. 273-290. Sobre el punto, vid. p. 289.

En el Estado social y democrático de Derecho, el individuo y su núcleo mínimo indefectible representan el sujeto principal, el motor del Estado Constitucional y la «democracia» su «consecuencia organizativa». Y es precisamente por su valor indivisible y universal y porque se consideran expresión de la dignidad humana, que asume una posición central, considerándose, en palabras de HÄBERLE, «[...] la premisa cultural antropológica del Estado Constitucional»¹¹⁰, que tales derechos se han convertido en límite y garantía de la libertad de los ciudadanos con respecto al ejercicio del *ius puniendi*¹¹¹.

En este sentido, hemos de considerar que las normas de derecho procesal penal son susceptibles de afectar directamente a los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Los institutos de la detención, de la prisión provisional o cualquier otra medida de coacción inciden en el derecho fundamental a la libertad personal, la entrada y registros domiciliarios no judiciales vulneran el derecho inviolable al domicilio, la intervención de las comunicaciones viola el derecho a la propia intimidad. De ahí, por la necesidad de asegurar los derechos fundamentales de la persona, garantizando que nadie será despojado arbitrariamente de su libertad personal o sometido a otro tipo de restricciones, y en el respeto de las oportunas garantías sustanciales, como la

¹¹⁰ HÄBERLE, P., «El Estado constitucional europeo», *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 2000, pp. 87-104. En particular, vid. pp. 92 y ss.

¹¹¹ Sobre el derecho penal como instrumento y garantía del *ius puniendi*, vid.: MANTOVANI, F., «Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato», *La giustizia penale*, agosto-septiembre, 2011, pp. 235-243. El mismo artículo se publicó anteriormente en la siguiente obra: CARETTI, P./GRISOGLIA, M. C. (coord.), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale (scritti in onore di Enzo Cheli)*, il Mulino, Bolonia, 2010, pp. 51-65. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. PALAZZO, F., *op. cit.*. DONINI, M., «Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa», en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 85-98. DONINI, M., «Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites: La experiencia italiana», *RP*, n. 8, 2001, pp. 24-38. DONINI, M., «L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2, 2012, pp. 51-74.

reserva absoluta de ley y de jurisdicción, y de carácter procedimental, como en el caso del procedimiento de *habeas corpus*, los modernos Estados constitucionales tomaron conciencia de la necesidad de establecer un conjunto de límites, que aseguren que el proceso penal, en todas sus fases, sea conforme a unas reglas supra-legales.

Tales normas vinculan de forma efectiva y directa no solo a los poderes públicos sino a los individuos, debido a que tienen su fundamento en un substrato normativo jerárquicamente superior, capaz de asumir valor de parámetro de legitimidad con respecto a las demás normas, a la luz de la intangibilidad que le deriva de su carácter rígido. Estos límites externos se individualizan precisamente en aquellas normas que son parte de la Constitución procesal penal, las cuales, en virtud del principio de supremacía integran el bloque de constitucionalidad, convirtiéndose en derecho constitucional aplicado, en instrumento de la efectividad judicial de las normas de carácter procesal penal. Esto significa que, por un lado, la Constitución ha recogido, positivizándolos, los principios fundamentales del Derecho procesal penal; pero, a su vez, el Derecho procesal ha dispuesto sus técnicas e instrumentos para garantizar en caso de conflicto normativo la primacía de la Constitución. De ahí, la adquirida dimensión constitucional del proceso y de los derechos procesales que son inherentes al derecho procesal penal¹¹².

6.5. Quinta razón: El reconocimiento de las garantías procesales como derechos fundamentales

Con el reconocimiento y recepción en las Constituciones nacionales de los Estados europeos de las garantías procesales, es decir el conjunto de libertades,

¹¹² TIEDEMANN, K., «El Derecho procesal penal», en ROXIN, C./ARTZ, G./TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989. Sobre el punto, v. p. 134.

principios rectores y derechos que afectan al ámbito procesal penal¹¹³, estas ya no se conciben, desde una perspectiva iuspositivista, como una concesión, una autolimitación del Estado, sino que adquieren el rango de derechos públicos subjetivos¹¹⁴ de carácter procesal, dotados de «sustantividad propia», de «efectividad inmediata» y de un contenido mínimo constitucionalmente protegido¹¹⁵, que se configura como garantía de su existencia, un elemento subyacente e inherente al ordenamiento estatal vigente que concurre en la definición de la forma de Estado y en la legitimación del poder político¹¹⁶.

De todo ello, se deduce que el derecho a un proceso debido, desde un punto de vista sustantivo, asume la naturaleza de «principio general, informador del ordenamiento en su conjunto», con «rango de derecho fundamental, esencial

¹¹³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 537. Según el autor, de acuerdo con la doctrina del garantismo, cada ordenamiento jurídico tiene que predeterminar un conjunto de garantías primarias y secundarias, es decir todas aquellas expectativas jurídicas, tanto positivas, como negativas, que constituyen el núcleo mínimo indispensable para tutelar los derechos fundamentales de los individuos. El concepto de garantía primaria reenvía a las obligaciones y prohibiciones contextuales a los derechos subjetivos reconocidos y la categoría de las garantías secundarias concierne a las sanciones, al tipo de reacción, predeterminada por el ordenamiento, de acuerdo con el principio del *neminem laedere*, frente aquellos actos o comportamientos que, en cuanto ilícitos o viciados, violan, con los derechos fundamentales, sus garantías primarias. Dicho de otra forma, la existencia de un derecho supone la predeterminación de una correspondiente obligación y, al mismo tiempo, es el presupuesto de la aplicación de la sanción que le pertenece. Por eso, según el autor, las garantías procesales y en general las normas que regulan la jurisdicción, se llaman también instrumentales frente a las garantías y a las normas penales, designadas como «sustanciales». Las garantías formales, en cambio, reenvían a las modalidades, a los medios y a los procedimientos de producción, formulación y aplicación de las normas penales, independientemente de sus contenidos sustanciales, contribuyendo de tal forma a definir la fisonomía de toda experiencia jurídico-formal. Los principios sustanciales se refieren al delito, en cambio los de garantía formal se refieren a la ley penal y se pueden resumir en el principio de legalidad.

¹¹⁴ TORRES DEL MORAL, A., «El sistema de garantías de los derechos (I)», en GIMENO SENDRA, V./TORRES DEL MORAL, A./MORENILLA ALLARD, P./ DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, p. 600.

¹¹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.)/CÁMARA VILLAR, G./LÓPEZ AGUILAR, J. F./BALAGUER CALLEJÓN, M. L./MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, VIII ed., Tecnos, Madrid, 2013. Sobre esta cuestión vid. pp. 270-295.

¹¹⁶ PALADIN, L., *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1995. Sobre esta cuestión, vid. pp. 551 y ss.

para un juicio justo»¹¹⁷; y por otra parte, desde una vertiente objetiva o instrumental-procedimental se configura como un mandato hacia los poderes públicos, el poder legislativo, el ejecutivo y el poder judicial a que, en el ejercicio de sus funciones, se respeten las reglas del juego establecidas en dicha cláusula, la cual indica cómo debe desarrollarse el proceso, no pudiendo privar de su libertad personal a la persona presuntamente culpable sin que sea sometida a un proceso con todas las garantías, en el que se da al justiciable la oportunidad de presentar las alegaciones pertinentes y necesarias para demostrar su inocencia y la posibilidad de ser oída ante un juez tercero e imparcial, predeterminado por la ley.

Tales derechos, siendo fundamentales, por su inherencia a la dignidad humana, considerada como la fuente de los derechos fundamentales de todos los seres humanos¹¹⁸, corresponden a toda persona en cuanto dotada del «*status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar»¹¹⁹ sin distinción, ciudadano comunitario o extranjero, que sea sospechosa o acusada por la comisión de un supuesto típico delictivo, y son estos derechos, según la doctrina teórica, formal o estructural, universales, indisponibles por parte de su titular, inalienables, intransigibles y personalísimos e intangibles, puesto que no pueden ser suprimidos ni siquiera mediante revisión constitucional, la cual afectaría a su contenido esencial.

¹¹⁷ *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

¹¹⁸ Al respecto, vid.: PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*, Cuarta edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984. Según el autor: «Los diferentes derechos no son sino facetas de la libertad fundamental del individuo, esa “libertad a coatione” de la que ya hemos hablado, imprescindible para su desarrollo integral. Se puede, desde este punto de vista, reconocer que existe un derecho radical, entre los fundamentales, del que de alguna manera dependen o traen causa los demás. Se trata del derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad, titular de derechos y obligaciones. Sin este derecho reconocido quiebran todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin un punto de apoyo» (p. 91).

¹¹⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit..., p. 38.

En todo ello, hay también que tener en cuenta su doble dimensión, al configurarse a la vez como derechos públicos subjetivos (dimensión subjetiva) y derechos de prestación (dimensión objetiva)¹²⁰. De acuerdo con esta teoría, por un lado, siendo derechos públicos subjetivos los derechos fundamentales de carácter procesal corresponden a la parte pasiva involucrada en un procedimiento penal, en cuanto que conforman una esfera de libertad personal a fin de proteger al individuo de las intervenciones e injerencias indebidas del poder público y de determinadas actuaciones de terceros (*status negativus*). Y por otra parte, como derechos de prestación¹²¹, los Estados tienen el deber de garantizar el ejercicio de los derechos procesales básicos reconocidos en sus ordenamientos internos y en los tratados internacionales, ratificados debidamente, asegurando el derecho de los particulares a exigir de estos determinadas prestaciones del Estado (derechos de prestación/*status positivus*), que deberá garantizar el acceso a la justicia mediante la institución de las condiciones institucionales y materiales que permitan eliminar todos aquellos obstáculos que impidan a los particulares una participación activa y efectiva en el procedimiento penal, de acuerdo con el principio fundamental de

¹²⁰Al respecto, vid.: CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», cit..., pp. 173-238. Según la autora, «los derechos de la defensa no solo se incluyen en el género, derechos fundamentales, sino también en la especie (en una de ellas) relativa a los derechos de los ciudadanos en cuanto sujetos relacionados con la jurisdicción. Puesto que esta tipología, y así se acaba de perfilar, comprende tanto los derechos referidos al acceso a los tribunales – y al correspondiente deber de prestación del Estado-. como los que atañen a su condición de parte en un proceso a desarrollar ante los mismos- y cuyas garantías esenciales también se determinan—» (p. 204).

¹²¹ BANDREZ SANCHEZ-CRUZAT, J. M., *op. cit.*, p. 37. De tal forma, «La constitucionalización de las garantías procesales operada en la Constitución de 1978 permite descubrir, al ponerse a disposición de los ciudadanos para que puedan ejercitar sus derechos cívicos, requiriendo al Estado el diseño de un proceso justo, ese carácter instrumental pero a la vez esencial y vitalista en la instauración de la paz social surgida de la administración equitativa y convincente del Estado». Los contornos de las garantías nominadas *ex art. 24* quedan rodeadas de un halo suficiente de claridad, de brillo, pero también de opacidad, ya que el legislador retiene, por voluntad constitucional, un especial e intenso ámbito de discrecionalidad para ordenar este terreno procesal, donde descansa por voluntad natural el derecho al proceso debido.

contradicción e igualdad de armas (*status activus processualis*)¹²². Tales caracteres representan el fundamento jurídico constitucional del derecho procesal penal¹²³.

Por lo tanto, por un lado la Constitución asume el valor de parámetro de racionalidad, justicia y legitimidad de la intervención punitiva; y por otra parte, hemos de tener en cuenta que corresponde a la ley desarrollar tales preceptos, instituyendo y dando forma al proceso penal, aunque siempre respetando lo dispuesto en la Constitución, que constituye un límite externo, frente a las posibles injerencias de las normas procesales en los derechos fundamentales.

¹²² HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, cit., pp. 289 y ss. BRAGE CAMAZANO, J., «Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *REDC*, n. 74, 2005, pp. 111-138. Sobre el punto, en particular, vid. p. 115.

¹²³ En tal sentido, SCHMIDT, E. (NUÑEZ, J. M., trad.), *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Lerner, 1957. El monopolio de la justicia por el Estado es un correlativo del deber del Estado de garantizarla, que tiene sus raíces en el derecho político material. Por otra parte, el Estado se presenta en la actualidad con la pretensión de establecer el derecho no solamente en la ley sino también con la de realizar este derecho mediante las sentencias de sus tribunales, es decir el individuo acepta ya la sentencia como juicio autoritativo del derecho. El monopolio de la administración de la justicia por el Estado justifica el deber público material del Estado de garantizar la justicia. El deber del Estado de garantizar la justicia es el fundamento jurídico constitucional del derecho procesal, tanto del derecho procesal civil como del procesal penal (pp. 18-19 y ss).

7. CONCLUSIONES

En el Capítulo I de este trabajo de investigación, dedicado a la constitucionalización del *ius puniendi* en los Estados miembros de la UE, se ha pretendido indagar e intentar comprender desde la perspectiva histórica y acudiendo al método jurídico comparado, el porqué los modernos Estados Constitucionales de Derecho han advertido la necesidad de recoger en sus Constituciones los derechos y principios fundamentales del proceso penal. Dicha perspectiva ha permitido, por un lado, individualizar los elementos de continuidad y las diferencias que el modelo de *ius puniendi* típico del Estado constitucional de Derecho presenta respecto a los modelos que se han consolidado a lo largo de la historia y, por otra parte, ha constituido la premisa para comprender las bases y el fundamento de este nuevo modelo procesal penal y la función que en dicho proceso ha desarrollado la Constitución.

Desde tales premisas, por lo tanto, en el Capítulo I de este trabajo de investigación se han individualizado los siguientes modelos de Constitución procesal penal: el «modelo prebélico», que se caracteriza por la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva y de los derechos de la defensa; el modelo procesal penal de las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional, en el que, a su vez, se pueden distinguir dos sub-tipos: las Constituciones que siguen el modelo prebélico, esto es el caso de Francia y Alemania y también de Grecia, y el modelo denominado «de cláusula general», común a Italia, España y Portugal. Y por último, se ha considerado el modelo procesal penal de los países de Europa del Este, correspondiente al tercer periodo de transición.

Por una parte y con respecto al primer modelo constitucional procesal penal, definido como el «modelo prebélico», el cual incluye aquellas Constituciones adoptadas antes de la Segunda Guerra Mundial y aquellas que aunque se adoptaron posteriormente no han supuesto una fractura con el anterior

régimen (Irlanda, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Austria, Suecia y Dinamarca), se observa que tales Constituciones se caracterizan por un rasgo material común: la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva y de los derechos de la defensa. En este grupo se puede incluir también al Reino Unido, por no disponer de una Constitución formal, escrita, ni de un código procesal penal propiamente dicho, aunque dicho Estado cuente con una cultura que se ha consolidado a lo largo de los siglos en materia de protección de los derechos fundamentales.

Por otra parte y en lo que concierne al modelo procesal penal de las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional, se individualizan dos tipos: las Constituciones que siguen el modelo prebélico, esto es el caso de Francia y Alemania y también de Grecia; y el «modelo de cláusula general», común a Italia, España y Portugal, cuyas Constituciones enuncian el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, concibiéndolo como una categoría general y omnicomprendiva, que constituye la base de los demás derechos procesales.

Y por último, se ha procedido a analizar las Constituciones del tercer periodo de transición constitucional, adoptadas tras la caída del muro de Berlín, distinguiendo tres tendencias. Un primer grupo comprende aquellos Estados que han intentado dar una cierta continuidad al modelo de cláusula general, como la República Checa, Lituania y Finlandia. Un segundo grupo reúne aquellos Estados, como Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia, Chipre y Malta, que, aunque partan de la cláusula general del derecho a la tutela judicial efectiva, que sigue constituyendo por lo tanto la base para el desarrollo de los demás derechos procesales, proceden a enunciar un catálogo amplio de garantías procesales, llegando en algunos supuestos a alcanzar los caracteres de un mini-código de enjuiciamiento criminal. De dicha técnica se puede entrever el esfuerzo de tales Estados de adaptarse a los estándares europeos e internacionales, reafirmando

algunos principios fundamentales. Y por último, se puede individualizar un tercer modelo, en el que se incluye a Bulgaria, Rumanía y Hungría, que se caracteriza por la existencia de una falla entre el contenido de los preceptos normativos y su efectiva aplicación.

Al respecto, piénsese que en Rumanía a pesar de su adhesión al CEDH desde 1994, el derecho a la tutela judicial efectiva se constitucionalizó solo en 2003. La Constitución de 1991 no lo contemplaba expresamente aunque se podía considerar implícito en algunas de las garantías enunciadas. Y también el principio de separación de poderes se constitucionalizó solo en 2002. Más singular aun en el panorama europeo es el caso de Hungría, cuya Constitución, reformada en abril de 2011 y en vigor desde 2012, contiene disposiciones de las que se detecta en forma manifiesta el intento de alterar el equilibrio de poderes, en perjuicio del correcto desempeño de la función judicial.

La necesidad de distinguir, en modo especial, entre Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional, por un lado, y las que son el producto del tercer periodo de transición responde a la necesidad de reconocer las distintas raíces históricas y culturales entre los países pertenecientes a estos dos bloques, yendo más allá del dato puramente literal, puesto que al desarrollo analítico de la mayoría de las disposiciones en materia procesal penal recogidas en las constituciones de los países del Este, en realidad, no corresponde una cultura consolidada en materia de justicia y en general de protección de los derechos fundamentales, sino todo lo contrario, esto responde a la exigencia de marcar un cambio definitivo respecto a un pasado autoritario, otorgando a tales principios, en virtud de su reconocimiento en un texto de carácter supralegal, un nivel superior de seguridad jurídica.

En cuanto a los rasgos comunes a los distintos Estados miembros de la UE en dicho proceso, se observa que el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* ha empezado a tener concreción solo después de la Segunda Guerra

Mundial y ha sido impulsado por la necesidad de romper con un pasado autoritario y de abrir un nuevo capítulo en la historia del constitucionalismo, determinando una auténtica revolución, que ha tenido una incidencia profunda en sus categorías e institutos principales así como en todas las fases de su desarrollo, en sus niveles de regulación y en su aplicación judicial-hermenéutica. Y en dicho marco y a pesar de las importantes diferencias desde el punto de vista histórico y político-institucional entre los distintos Estados o modelos de justicia penal, la Constitución ha desempeñado una función de unidad y sistema.

En este sentido, la constitucionalización del *ius puniendi* no responde solo a la exigencia de garantizar la seguridad y el orden público, sino a la necesidad de configurar una nueva imagen del derecho penal como límite e instrumento de libertad. Desde el primer punto de vista, en el proceso penal el derecho subjetivo a la libertad personal, que la defensa ha de hacer valer, se contrapone al derecho del Estado, es decir de la parte acusadora, a enjuiciar y, en su caso, imponer una pena en defensa de la seguridad y del ordenamiento jurídico. Esto significa que la *auctoritas* del Estado a ejercer el derecho a castigar, que forma parte del poder del Estado, deriva directamente de la Constitución en virtud del compromiso constitucional. Pero por otra parte, y aunque el Estado, precisamente en virtud de su legitimación *ex Constitutione*, pueda imponer límites a la libertad, con el fin de asegurar el orden jurídico constituido y garantizar la democracia y la paz social, deberá en todo caso evaluar y ponderar adecuadamente tales exigencias con los derechos fundamentales de las personas implicadas en el proceso penal, tanto los derechos del imputado, como los derechos de la víctima, los cuales en virtud del reconocimiento constitucional se conciben como «pretensiones subjetivas absolutas, validas por sí mismas, independientemente de la ley»¹²⁴.

Esta nueva concepción del *ius puniendi*, cuyo fundamento se halla en la Constitución, permite asumir al derecho procesal la función, ya no solo de límite

¹²⁴ ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 57.

a la libertad en aras a la garantía de la seguridad pública, sino de instrumento de garantía de la libertad y de su efectiva protección frente a los arbitrios procedentes del poder estatal. En este sentido, aunque el derecho procesal penal en los modernos Estados constitucionales de Derecho siga teniendo la función clásica de inducir al individuo a abstenerse de interferir indebidamente en la esfera jurídica de los demás, mediante la amenaza de una sanción predeterminada por la ley, poniendo «límites a su libertad» (*ius puniendi*-límite de la libertad), pretende garantizar la libertad de los demás y proceder a la tutela de bienes constitucionalmente orientados. De ahí, la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre las exigencias de seguridad y el respeto a la persona humana, que desde una perspectiva antropocéntrica y en virtud del principio personalista es considerada titular de un valor mínimo irreductible, la dignidad humana; lo cual ha convertido el *ius puniendi* de límite a fundamento e instrumento de libertad.

Y por último, hemos de considerar el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* en relación con la necesidad de legitimar el poder público, puesto que con el reconocimiento y recepción en las Constituciones nacionales de los Estados europeos de las garantías procesales, es decir el conjunto de libertades, principios rectores y derechos que afectan al ámbito procesal penal, estas ya no se conciben, desde una perspectiva iuspositivista, como una concesión, una autolimitación del Estado, sino que desde una perspectiva iusnaturalista adquieren el rango de derechos públicos subjetivos de carácter procesal, dotados de «sustantividad propia», de «efectividad inmediata» y de un contenido mínimo constitucionalmente protegido, que se configura como garantía de su existencia, un elemento subyacente e inherente al ordenamiento estatal vigente que concurre en la definición de la forma de Estado y en la legitimación del poder político.

Los fundamentos políticos y constitucionales del ius puniendi más allá del Estado

1. INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, tras los tristes acontecimientos que la caracterizaron, los Estados tomaron conciencia de la necesidad de proceder a la institución de un sistema efectivo de garantías, mediante su recepción en los distintos niveles de regulación y espacios constitucionales de protección de los derechos fundamentales. Todo ello ha determinado una modificación sustancial del alcance, contenido y de las formas de ejercicio del *ius puniendi*, antes concebido como un atributo necesario del Estado, excluyente de todo tipo de injerencia, tanto interna como externa, y de su función meramente punitiva en aras a la garantía de la seguridad y del orden público.

Por todo ello, aunque la constitucionalización del *ius puniendi* siga constituyendo la premisa de su ejercicio, el proceso circular de reciproca retroalimentación e interacción entre los distintos espacios constitucionales, es decir, el proceso de constitucionalización, el proceso de internacionalización y el de europeización, ha determinado un replanteamiento de dicho ámbito, imponiendo la necesidad, de acuerdo con BRICOLA¹²⁵, de repensar y reformular también el derecho penal a partir de la Constitución pero junto a las demás

¹²⁵ BRICOLA, F., *op. cit.*

experiencias estatales y las influencias de carácter supraestatal en función unificadora del sistema¹²⁶.

Esto significa que, para comprender la función constitucional del derecho procesal penal de matriz europea, es necesario analizar cómo el ejercicio del *ius puniendi* se ha ido modificando y evolucionando por la influencia del proceso de integración, que ha llevado a la elaboración de una nueva lectura e interpretación desde una perspectiva multinivel, es decir teniendo en cuenta el carácter plural y abierto del sistema y los distintos niveles de regulación y espacios constitucionales de protección de los derechos fundamentales en los que los ordenamientos que componen el sistema se articulan: el espacio estatal, el espacio europeo y el espacio internacional-convencional.

A tal fin, en el Capítulo I de este trabajo de investigación se ha procedido a analizar el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* en el ámbito de los Estados miembros de la UE. Y de acuerdo con tal planteamiento, en este Capítulo II se analizará antes la construcción de un derecho penal más allá del Estado, que ha llevado su «internacionalización» o mejor dicho a la «constitucionalización del *ius puniendi* en el ámbito internacional», con el objeto de comprender su influencia en la construcción de un derecho penal europeo.

¹²⁶ Todo ello se puede explicar mediante la teoría del sistema, elaborada por RUGGERI, A., según la cual: «quanto più si internazionalizza (ed “europeizza”), tanto più la Costituzione si... costituzionalizza; e, ancora», «quanto più il diritto di origine esterna si costituzionalizza, tanto più si... internazionalizza (o “europeizza”), realizza appieno se stesso, la propria identità e congenita vocazione a servire – come recita la nostra Carta – la causa della pace e della giustizia tra le Nazioni, col fatto stesso di farsi cura dei bisogni elementari dell’uomo, dei suoi diritti, della sua dignità». En este sentido, en virtud de la fuerza axiológica de la Constitución, se puede deducir que el proceso de internacionalización y europeización del *ius puniendi* es, al mismo tiempo, causa y efecto de la constitucionalización del derecho penal internacional y del derecho penal comunitario o «eurounitario». Al respecto, vid.: RUGGERI, A., «Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario», *Rivista AIC*, n.00, 02.07.2010, pp. 1-28. Sobre el punto: p. 28.

En particular, en la primera parte de este Capítulo II se profundizará en los fundamentos históricos, políticos y constitucionales, que otorgan a la Comunidad Internacional la legitimación necesaria para el ejercicio del *ius puniendi* más allá de las fronteras estatales y que han llevado a la institución de un derecho penal supranacional sin Estado o sin soberano y al consiguiente replanteamiento de su alcance y contenido por tradición concebido de monopolio exclusivo del Estado.

Dicho modelo de justicia penal supranacional, del que la CPI constituye su principal concreción y que ha sentado las bases para el desarrollo de un derecho procesal penal de carácter europeo, nos ayudará a comprender por qué se ha desarrollado la tendencia a la europeización del *ius puniendi*, cuál es su significado, su función, su finalidad y su relación con los procesos de constitucionalización e internacionalización en dicho ámbito, teniendo en cuenta la naturaleza de la UE, que constituye un orden jurídico *sui generis*¹²⁷, «un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros», dotada de poderes que le derivan de una limitación de las

¹²⁷ Los Tratados constitutivos, a pesar de su naturaleza formal de actos de derecho internacional, son la «Carta Constitucional» de esta «Comunidad de Derecho». Sobre la naturaleza constitucional de los Tratados de la UE, se reenvía a ADAM, R./TIZZANO, A., *Lineamenti del Diritto dell'Unione Europea*, II. ed., Giappichelli, Turín, 2010, pp. XXVI-470. En particular sobre este aspecto, v. p. 110. Tal planteamiento aunque elaborado indirectamente por el Tribunal de Justicia desde las históricas sentencias, de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, y de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, C-6-64, que definían a la UE como un ordenamiento *sui generis*, autónomo aunque interrelacionado con el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros, ha sido confirmado explícitamente en el Dictamen del Tribunal de Justicia n. 1/91, de 14 de diciembre de 1991, según el cual: «el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho» (punto 21). Con lo cual, de acuerdo con la Sentencia del TJ, de 23 de abril de 1986, *Los Verdes c. Parlamento Europeo*, C-294/83 «ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado» (apartado 23).

competencias soberanas o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad¹²⁸.

El proceso de «constitucionalización del *ius puniendi* europeo», esto es de progresiva construcción y configuración de un derecho procesal penal, que permita alcanzar la aproximación y la armonización entre las legislaciones penales de los Estados miembros en un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras, se ha ido desarrollando en las distintas fases del proceso de integración y en función de los distintos objetivos que la UE se proponía, mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial y la progresiva atribución a la UE de competencias en materia penal, reconocidas finalmente en forma expresa en el Tratado de Lisboa.

Al respecto, hemos de considerar que los Tratados constitutivos, de acuerdo con la teoría funcionalista, no hacían referencia a una competencia de la Comunidad en el ámbito procesal penal, ni en general a un sistema de cooperación judicial que permitiera establecer un marco mínimo en el ámbito penal y de tal forma eliminar los eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción y colmar las lagunas presentes en los ordenamientos jurídicos de los EEMM. El silencio de los Tratados constitutivos fue colmado progresivamente por el Tribunal de Justicia, que en virtud del reenvío constante a la jurisprudencia del TEDH y de la existencia de principios generales compartidos fruto de las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros, ha impulsado el desarrollo de una «cultura judicial europea».

Sin embargo, la UE ha manifestado expresamente su intención de dotarse de un propio modelo de justicia de carácter penal, considerándolo el elemento clave y determinante para avanzar en el proceso de integración y constitucionalización, solo en la tercera fase del proceso de integración europea

¹²⁸ Vid. TJ, sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa-Enel*, C-6/64.

y de manera especial tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, mediante la atribución *ex art.* 82 TFUE de la competencia a adoptar normas mínimas para la armonización de los derechos procesales de las personas involucradas en un procedimiento penal en la UE.

2. HACIA UN DERECHO PENAL COMÚN: SOBERANÍA V. JUSTICIA PENAL UNIVERSAL

2.1. Presupuestos histórico-políticos: dimensión material y dimensión institucional

La necesidad de repensar y reformular el derecho penal y sus categorías fundamentales a partir de la Constitución, teniendo en cuenta el proceso circular de reciproca retroalimentación e interacción entre los distintos espacios constitucionales, que integran el sistema, nos hace plantear las siguientes cuestiones: ¿Porqué se ha desarrollado la tendencia a la internacionalización del *ius puniendi* hasta la creación de un órgano judicial permanente y con tendencia hacia la universalidad? ¿Cuáles son los fundamentos histórico-políticos y constitucionales que le otorgan la legitimación necesaria para su ejercicio más allá de las fronteras estatales? Y en definitiva ¿es posible un derecho penal supranacional sin Estado o sin soberano¹²⁹, que consiga superar las tradicionales lógicas de la Real politik¹³⁰ y el carácter exclusivo del monopolio del *ius puniendi*¹³¹, consolidando mecanismos de cooperación judicial tanto en la fase de la investigación como en la fase de la ejecución de las sentencias entre los Estados de la Comunidad Internacional, para poner fin a los crímenes más graves que afectan a los intereses más esenciales de la sociedad y garanticen la supervivencia del orden jurídico internacional?

¹²⁹ AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *Ius Puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, vol. 68, 2013, pp. 5-38. ID., «Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law», *Oxford J Legal Studies*, vol. 33, n. 2, 2013, pp. 293-315.

¹³⁰ *Real politik* es la expresión utilizada por AMBOS, K. en el estudio: «Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik», *Polít. crim.*, n. 4, 2007, pp. 1-16.

¹³¹ BINDING, K, *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885. Según el autor: «El alcance de su derecho penal lo determina cada Estado soberano», p. 374.

La problemática inherente al desarrollo de un sistema de justicia universal, que trascienda las jurisdicciones de los Estados, es al día de hoy de gran actualidad e importancia, configurándose como uno de los principales desafíos para la Comunidad Internacional. El gran interés suscitado y la preocupación despertada es tal que esta cuestión se ha convertido progresivamente, en palabras de YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., en una «exigencia ética, una necesidad jurídica y un imperativo político»¹³². De tal forma, se pretende impedir que estos crímenes, que vulneran los intereses fundamentales de la Comunidad jurídica universal, se escondan en el olvido, quedándose impunes¹³³.

Sin embargo, la creación de un sistema de justicia penal internacional ha planteado y, en cierta medida, sigue planteando el problema inherente a la procedencia de la legitimación de un órgano jurisdiccional penal con carácter supraestatal a ingerir en un ámbito así sensible y cargado de implicaciones constitucionales como el área procesal penal, puesto que el ejercicio del *ius puniendi*, en este caso, se manifestaría más allá del Estado, configurándose

¹³² YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «El Proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma», en YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001, pp. 37-52. Sobre el punto, vid. p. 38.

¹³³ AMBOS, K., «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial», *Bol Mex Derecho Comp*, n. 119, 2007, pp. 267-293. También publicado en: *Persona y Derecho*, n. 51, 2004, pp. 225-254. Tales asuntos nos sitúan ante casos judiciales concretos, cuyas repercusiones se proyectan más allá de las fronteras del país en el que dichos crímenes han sido cometidos (*lex loci commissi delicti*, principio de territorialidad y del pabellón), de la nacionalidad de sus autores (*lex personae*), de la nacionalidad de la víctima (principio de personalidad activa y pasiva) o se caracterizan por la necesidad del Estado de defenderse y proteger sus bienes ante un supuesto típico delictivo cometido en su territorio por un extranjero (principio real). En tales situaciones, en las que se verifica una extensión del *ius puniendi* más allá de las fronteras internas de los Estados soberanos, su competencia exclusiva sobre este ámbito se puede ver afectada por el ejercicio de la soberanía de otro Estado, en virtud de la presencia de puntos de conexión comunes, generando un «conflicto de soberanías». De ahí, la importancia del principio de no intervención y de los demás criterios para resolver los eventuales conflictos de leyes y jurisdicciones. El principio de no intervención que, según el autor, representa el límite jurídico internacional del ejercicio del *ius puniendi* internacional, actúa mediante un conjunto de puntos de conexión: el principio de territorialidad, el principio del pabellón, el principio de personalidad activa o pasiva y el principio real. Si falta uno de estos puntos de conexión, automáticamente se acaba vulnerando también el principio de no intervención.

como un derecho penal sin un Estado o un soberano. De ahí, la necesidad de abordar esta cuestión a partir de los fundamentos históricos y constitucionales que han justificado el desarrollo de un sistema de justicia penal supraestatal, cuya concreción más importante es representada por la Corte Penal Internacional.

Con respecto a los presupuestos histórico-políticos, hemos de decir que el proceso de institucionalización de una jurisdicción penal internacional empezó a tener concreción solo después de la Segunda Guerra Mundial, tras los tristes acontecimientos que la caracterizaron, en los que «millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad»¹³⁴.

A partir de este momento los Estados superaron progresivamente sus tradicionales reticencias y tomaron conciencia de la necesidad de dar vida a formas de cooperación, coordinación y colaboración de carácter supraestatal, siendo deber de todos «los Estados ejercer la jurisdicción penal sobre los autores de crímenes internacionales»¹³⁵, con el fin de dar un impulso decisivo al proceso de humanización del Derecho internacional y de constitucionalización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de la persona, considerada titular de un valor mínimo indefectible, que no solo debe ser reconocido, sino debida y efectivamente tutelado. De tal forma, se quería evitar que tales crímenes y atrocidades volvieran a repetirse y que los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto y que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, se queden impunes y sin castigo.

Por todo ello, para enfrentarse a un reto de parecida envergadura, ya no era suficiente la elaboración de normas jurídicamente vinculantes que establezcan

¹³⁴ Preámbulo del Estatuto de Roma.

¹³⁵ Ídem.

meros principios y estándares mínimos para resolver los eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción, mediante la individualización de puntos legítimos de conexión, ni era suficiente la descripción de un supuesto típico delictivo y la correspondiente sanción en el ámbito estatal para otorgar una protección plena a los derechos fundamentales del justiciable, sino que la Comunidad Internacional en su conjunto advirtió la necesidad de instrumentos concretos que permitiesen dar el salto de lo abstracto a lo concreto, a la realidad, y que trasciendan la dimensión propiamente estatal, con el fin de que el «sueño»¹³⁶ de una justicia penal internacional de utopía se convierta en realidad.

¹³⁶ CASSESE, A., «Reflections on International Criminal Justice», *J Int Criminal Justice*, vol. 9, n. 1, 2011, pp. 271-275. Al respecto el autor afirma: «*This system of justice had been a dream for centuries*» ... «*such a system of justice has been a stupendous achievement in the world community is that it brought about a revolutionary innovation in this community: a seismic shift in thinking about sovereignty*» (sobre el punto, vid. p. 2). Al respecto, vid. también: ID., «On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law», *EJIL*, vol. 9, n. 1, 1998, 2-17. FEICHTNER, I., «Realizing Utopia through the practice of International Law», *EJIL*, vol. 23, n. 4, 2012, pp. 1143-1157. Según la autora: «*Like Cassese I will take Utopia as a placeholder for a world society that is more just, in which 'the major deficiencies of the current society of states' are moderated, the basic values embodied in international law better realized than today – a placeholder that allows us to bracket (at least for a while) the question of the subjectivity or objectivity, the particularity or universality of these values and their proper realization*». De tal forma, «*perceive the relationship between Utopia and international law in a third way, evidencing scepticism that international law can or should function to realize Cassese's Utopia 'gradually [to] transform world society into a really international community endowed with paramount communal values and at least a modicum of community institutions so that public or collective concerns may prevail over private interests'*» (pp. 1144 y 1145). De opinión contraria: SRIRAM, C. L., «Conflict Mediation and the ICC: Challenges and Options for Pursuing Peace with Justice at the Regional Level», en AMBOS, K./LARGE, J./WIERDA, M. (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, New York, Berlin, Heidelberg, 2009, pp. 303-319. Al respecto, el a. afirma que: «*The ICC might be seen, however, not just as a challenge to impunity, but also as a potential challenge or impediment to peace negotiations and agreements, particularly given the court's wide mandate, the lack of recognition of domestic amnesties before the court, as well as the increasing lack of recognition of amnesties by international courts generally*» (p. 305). Crítica es también DAMAŠKA, M., «What is the Point of International Criminal Justice?», *Chi.-Kent. L. Rev.*, vol. 83, n. 1, 2008, pp. 329-365 (331 y ss.). En particular, la autora en el estudio: «The International Criminal Court between Aspiration and Achievement», *UCLA J Int'l L & Foreign Aff.*, vol. 14, n. 1, 2009, pp. 19-35, individualiza una importante paradoja en la aplicación del derecho penal internacional. De ahí, el gap entre aspiraciones y efectividad de tales instrumentos, los cuales afectan a su legitimidad. Vid.

2.2. Acuerdos internacionales que reconocen principios fundamentales

El primer paso hacia la internacionalización del *ius puniendi* se dio en un plano sustantivo, a través de la adopción de acuerdos internacionales¹³⁷, que los Estados signatarios tenían la obligación de incorporar a sus ordenamientos internos, en los que se reconocieron los principios fundamentales del derecho a un proceso debido.

Tales principios fueron recogidos progresivamente en los principales instrumentos de carácter supraestatal en materia de protección de los derechos humanos fundamentales, formalizándose antes en la Carta de Naciones Unidas (1945), que según VERDROSS, A., «es la parte más importante, la ley constitucional de la actual comunidad internacional»¹³⁸, en la que se empieza a considerar al individuo como sujeto de derecho internacional¹³⁹ y, poco después,

también: CLARK, J. N., «Peace, Justice and the International Criminal Court Limitations and Possibilities», *JICJ*, vol. 9, n. 3, 2011, pp. 521-545. LUBAN, D., «After the Honeymoon, Reflections on the Current State of International», *JICJ*, vol. 11, n. 3, 2013, pp. 505-515. GLASIUS, M., «Do International Criminal Courts Require Democratic Legitimacy», *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 43-66. SCHWARZENBERGER, G., «The Problem of an International Criminal Law», *Curr. Legal Probs.*, n. 3, 1950, pp. 263-296 (v. 264-274).

¹³⁷ Tras la Segunda Guerra Mundial, con el fin de desarrollar una cultura de los derechos fundamentales y promover el progresivo respeto de tales valores por parte de los Estados signatarios, se empezó a recoger en documentos de carácter internacional algunos principios fundamentales concernientes al ejercicio del *ius puniendi*. En esta línea, en 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Proyecto de la Comisión de Derecho internacional relativo a la «Formulación de los Principios de Núremberg»; en 1948, se elaboró el Convenio para la Represión del Genocidio y, en 1949, se abrió a la firma los cuatro Convenios de Ginebra.

¹³⁸ VERDROSS, A., «Jus dispositivum y jus cogens in International Law», *Am. J. Int'l L.*, n. 60, 1966, pp. 55-63. Según el autor: «Nevertheless the fundamental principles of the Charter are the most important part of the constitutional law of the present international community» (p. 62).

¹³⁹ KELSEN, H., «Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations», *Iowa L. Rev.*, vol. 31, n. 4, 1946, pp. 499-543. Sobre el punto, vid. pp. 501-502. Según el autor: «The Charter of the United Nations goes much further than its predecessors. It obligates the Members of the United Nations not only not to resort to war against each other but to refrain from the threat or use of force and to settle their disputes by peaceful means (Art. 2, par. 3 and 4). The use of force-so-called enforcement action-is allowed by the Charter (except in case of self-defense) only as a reaction of the Organization against a threat to the peace or a breach of the peace (Art. 39). If the enforcement actions provided for by the Charter are true sanctions, the Charter is a perfect realization of the bellum-justum

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre 1948¹⁴⁰.

En la DUDH, en particular, se reafirma la íntima conexión entre libertad, justicia y paz en el mundo, a los que el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes se configura instrumental (art. 8). Tales valores se reiteraron poco después en el CEDH (1950) y en el Pacto Internacional para los derechos civiles y políticos (1966). En este marco el CEDH, adoptado en el seno del Consejo de Europa, representa el punto de inflexión hacia la construcción de un sistema de protección internacional de los derechos humanos, puesto que en dicho texto se ha procedido a reconocer el derecho a un recurso individual ante el TEDH, es decir ante un órgano jurisdiccional externo contra la vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales realizadas por un Estado contra sus ciudadanos (art. 13 CEDH).

Tales documentos representan la toma de conciencia de la necesidad de reconocer los principios y valores procesales universalmente compartidos en documentos con eficacia vinculante para los Estados y de mecanismos que le den concreción. Y por su importancia, siendo su finalidad proteger los derechos humanos fundamentales y preservar el orden jurídico internacional, se han convertido en parte integrante del *ius cogens*.

principle». En confirmación de todo ello, vid. los artículos 5 y 6 de la Carta de Naciones Unidas. Según el primero, el art. 5: «Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya sido objeto de acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo de Seguridad podrá ser suspendido por la Asamblea General, a recomendación del Consejo de Seguridad, del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a su calidad de Miembro. El ejercicio de tales derechos y privilegios podrá ser restituido por el Consejo de Seguridad». Y el segundo afirma que: «Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los Principios contenidos en esta Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad».

¹⁴⁰ Sobre la importancia de los documentos en materia de protección de los derechos humanos: DECAUX, E., «The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System», *JICJ*, vol. 9, n. 3, 2011, pp. 597-608.

Sin embargo, por la dimensión y el alcance de los intereses implicados y de los objetivos a perseguir y en línea con una concepción universal de los derechos humanos fundamentales y de su ámbito de protección, era necesario no solo proceder a la recepción de tales principios, positivizándolos, sino que hacía falta instituir técnicas de coordinación, cooperación e integración que les dieran efectividad¹⁴¹.

2.3. La dimensión institucional

Los primeros intentos hacia la institución de mecanismos que otorgaran una protección jurisdiccional efectiva a los derechos fundamentales tuvieron lugar tras la Segunda Guerra Mundial, cuando, con el fin de responder a los terribles crímenes cometidos en aquel periodo, las potencias Aliadas instituyeron el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945)¹⁴² y Tokio (1946)¹⁴³, después de la capitulación del Japón, para juzgar a los principales criminales de guerra de las Potencias del Eje.

Poco después en 1950 se creó un Comité especial para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional con carácter permanente, el cual preparó un proyecto entre el año 1951 y 1953. Sin embargo, los «años grises» de la guerra fría se caracterizaron por la polarización y el antagonismo entre dos

¹⁴¹ CHERIF BASSIOUNI, M., «El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido», *ADP*, vol. 35, n. 1, 1982, pp. 5-42. En este estudio, el autor analiza la falta de efectividad del derecho penal internacional, tanto sustantivo como adjetivo, hasta la institución de la CPI. El primero hace referencia a las violaciones sustantivas específicas y el segundo es comprensivo de los compromisos colectivos y de cooperación que se consideran necesarios para hacer cumplir y ejecutar aquellas prescripciones.

¹⁴² El Tribunal de Núremberg fue instituido en virtud del Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, para el establecimiento de un tribunal militar internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del eje europeo, y complementado por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg anexo al mismo. El Acuerdo de Londres fue firmado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

¹⁴³ El Tribunal Militar Internacional de Tokio fue instituido por la Proclama del General MC Arthur, Comandante Supremo de las tropas de ocupación del Japón, de 19 de enero de 1946, y su Estatuto fue aprobado el 25 de abril de 1946.

bloques, USA-URSS, que hacían imposible continuar con este proyecto, que quedó archivado provisionalmente. Solo después de la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989, y tras un paréntesis de 26 años, en un contexto político y jurídico renovado¹⁴⁴, se volvió en el seno de las Naciones Unidas a reconsiderar la idea de su creación. En ese mismo año la Asamblea General en una sesión especial sobre el problema del tráfico de droga, en relación con una propuesta elaborada por Trinidad y Tobago, pidió a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que volviera a examinar la cuestión de la institución de una CPI¹⁴⁵.

La CDI acogió la invitación¹⁴⁶ y, en 1994, terminó la elaboración de un proyecto de Estatuto de la CPI y, en 1996, de un Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que fueron presentados a la Asamblea General. Una vez refundidos, ampliados y completados dichos textos por un Comité compuesto por representantes gubernamentales, se empezó a constituir la base de trabajo para la Conferencia Diplomática de Roma.

Mientras tanto el tema de la creación de una jurisdicción penal internacional estaba adquiriendo una notoriedad y carga política crecientes, como consecuencia de las atrocidades cometidas en los conflictos de los Balcanes y del Centro África. Todo ello llevó, entre 1993 y 1994, a crear, en virtud de dos resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, dos Tribunales distintos *ad hoc* y *ex post factum*, llamados a juzgar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en la ex-Yugoslavia (TPIY)¹⁴⁷

¹⁴⁴ LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ariel S.A., Barcelona, 2001 (Sobre el punto, v. pp. 44).

¹⁴⁵ Resolución n. 44/39, de 4 de diciembre de 1989, N.U. DOC. A/RES/44/39.

¹⁴⁶ La Asamblea General en su resolución n. 47/33, de 25 de noviembre de 1992, pidió a la Comisión de Derecho Internacional que elaborara un Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional.

¹⁴⁷ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas n. 827/1993, por la que se instituye el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables

y el Tribunal Militar Internacional para los crímenes cometidos en Ruanda (TPIR)¹⁴⁸, con sede el primero en la Haya y el segundo en Arusha¹⁴⁹.

Tales órganos jurisdiccionales supranacionales, a pesar de sus defectos¹⁵⁰, representan la «cuna de la CPI» y han conseguido marcar un punto de inflexión

de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, aprobando al mismo tiempo su Estatuto.

¹⁴⁸ Resolución n. 955/1994, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453ª sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994, sobre el establecimiento de un Tribunal Internacional para Ruanda y la adopción de su Estatuto, U.N. DOC.S/RES/955 (1994).

¹⁴⁹ CASSESE, A., «Il Tribunale Internazionale per l'ex Jugoslavia al Passo Decisivo», *Dir. pen. e processo*, n. 1, 1995. ID., «Il Tribunale Penale Internazionale dell'ONU per i Crimini nel Ruanda», *Dir. pen. e processo*, n. 3, 1995. PIGNATELLI Y MECA, F., «El Tribunal Penal Internacional para Ruanda», *REDMil*, n. 65, 1995, pp. 389-430. PIGNATELLI Y MECA, F., «Consideraciones acerca del Establecimiento del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991», *REDMil*, n. 64, 1994, pp. 41-146. AMBOS, K., «Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law», en HAVERMAN, R./OLUSANYA, O., (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, 2006, pp. 17 a 21 (en castellano por ej. en *Ciencias Penales*, Costa Rica, n. 26, 2009, pp. 31-44). ID., «El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional», *Polít. crim.*, vol. 5, n. 9, 2010, pp. 237-256. ID., «Observations from an International Criminal Law Viewpoint», *EJIL*, vol. 7, n. 4, 1996, pp. 519-544. KING JR., H. T., «Nuremberg and Sovereignty», *Case W. Res. J. Intl. L.*, 1996, vol. 28, n. 1, pp. 135-140. AKHAVAN, P., «Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal», *Hum. Rts. Q.*, vol. 20, n. 4, pp. 737-816. KUNZ, J. L., «The problem of the progressive development of International Law», *Iowa L. Rev.*, vol. 31, n. 4, 1946, pp. 544-560. JESCHECK, H. H., «The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute», *JICJ*, vol. 2, n. 1, 2004, pp. 38-55. ROBINSON, D., «Trials, tribulations and triumphs: Major developments in 1997 at the ICTY», *ACDI*, vol. 35, 1997, pp. 179-213.

¹⁵⁰ Los tribunales penales internacionales, tanto los instituidos en virtud de un acuerdo entre las potencias vencedoras de un conflicto como los instituidos en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, han sido objeto de duras críticas por su carácter *ad hoc* y *ex post factum*, que determina la consiguiente vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal y en general del principio de legalidad penal (*nullum crimen nulla pena sine previa lege poenali*). Al respecto, vid.: AMBOS, K., «El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional», cit.. En este estudio, el autor define «el carácter esencialmente retroactivo de este tipo de jurisdicción» ... «el defecto congénito de los tribunales ad hoc». Además, el autor pone de relieve que si no se limitan los crímenes del pasado puede haber un elemento de proyección hacia el futuro en su competencia, como en el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) que «está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia» (art. 1 Estatuto TPIY), es decir, hasta su cierre definitivo» (p. 2). Además tales órganos jurisdiccionales representarían un sistema de justicia de los «vencedores sobre los vencidos», que carece, por

en el largo camino hacia la construcción de un orden jurídico universal, basado en el principio de responsabilidad penal individual¹⁵¹. Además, a través de la adopción de sus Estatutos y de la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales se procedió a la tipificación de delitos de relevancia internacional y a la predeterminación de un procedimiento para enjuiciarlos ante una instancia jurisdiccional de carácter supraestatal.

El camino hacia la institución de una jurisdicción penal internacional permanente fue largo y complejos fueron los debates y los procesos de negociación entre los Estados que defendían posiciones más progresistas (en línea con las propuestas de las organizaciones más comprometidas en el campo de los derechos humanos) y los Estados que intentaban mantener posiciones más conservadoras en el intento de custodiar sus competencias soberanas, superando las grandes diferencias que existen entre el sistema románico-alemán o de *Civil Law* y el de *Common Law* o anglosajón, así como con el sistema islámico.

Por tanto, era esencial encontrar un punto de equilibrio entre la exigencia de crear un organismo jurisdiccional de valor universal, o al menos tendente hacia la universalidad, como la CPI, y las preocupaciones legítimas de aquellos

lo tanto, de la necesaria imparcialidad y son estructuralmente tendenciosos y parciales ya que solo investigan los crímenes cometidos por una de las partes en el conflicto, representando sus intereses particulares. En el Estatuto del Tribunal de Núremberg se afirma expresamente que los jueces no podrán ser sometidos a recusación. Según el art. 3, «Ni el Tribunal ni sus miembros ni sus sustitutos podrán ser recusados por la acusación, por los acusados o por sus Letrados. Los Signatarios podrán reemplazar al miembro del Tribunal o al sustituto que hayan nombrado por motivos de salud u otras razones justificadas, con la salvedad de que no podrán efectuarse sustituciones durante un Juicio excepto por sustitutos».

¹⁵¹ La Asamblea General de Naciones Unidas consagró por Acuerdo unánime de 11 de diciembre de 1946 los principios del Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg como principios generales del Derecho internacional (Resolución 95 (1) de la Asamblea de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946) y, en 1948, adoptó el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio. El Tribunal de Justicia de La Haya, en 1971, declaró la Convención para la Represión y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 y en vigor desde el 12 de enero de 1951, parte del Derecho Internacional consuetudinario y, posteriormente, en la Resolución de Naciones Unidas 3074 (XXVII), de 3 de diciembre de 1973, se exhortó a que los crímenes contra la Humanidad fuesen perseguidos y no quedarán impunes.

Estados que veían con temor y recelo, que una organización supraestatal pudiera invadir la esfera del propio «*ius puniendi*», limitando la soberanía del Estado en su acepción más tradicional.

Dicho proceso culminó con la adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma, en vigor desde el 1º de julio de 2002¹⁵², por el que se instituye la CPI¹⁵³, el primer instrumento de tutela jurisdiccional supranacional, de carácter

¹⁵² Vid. art. 126.1 ER. En las cláusulas finales se prevé que el ER estará abierto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios y a la adhesión de cualquier Estado. Tales instrumentos serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Si un Estado decidiera ratificarlo, aceptarlo o aprobarlo o se adhiriera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo.

¹⁵³ Actualmente la CPI cuenta con 139 Estados signatarios y 122 ratificaciones y está investigando nueve situaciones de crisis: la situación relativa a la República Democrática del Congo, la de Uganda, las dos situaciones en la República Centroafricana y las situaciones de Mali, Darfur en Sudan, Kenia, Libia y Marfil. Pero sobre todo, hemos de señalar que, el 14 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia de la CPI pronunció finalmente su primer veredicto, reconociendo por unanimidad a Thomas Lubanga Dyilo culpable de haber cometido crímenes de guerra por haber reclutado y entrenado a menores de 15 años y por haberlos obligado a participar activamente en los conflictos armados, que tuvieron lugar en la República Democrática del Congo, desde el 1º de septiembre de 2002 al 13 de agosto de 2003. En la sentencia se han excluido otros crímenes perpetrados, como la violencia sexual, ejecuciones sumarias y saqueo. Thomas Lubanga fue condenado el 10 de julio de 2012 a 14 años de prisión. De la sentencia total se descontarán los 6 años que Lubanga permaneció recluido en La Haya. La Fiscalía había solicitado una pena de 30 años. Como era previsible Thomas Lubanga ha recurrido la sentencia en apelación. A continuación, la CPI declaró también a German Katanga culpable de haber cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante un ataque en un poblado en la República Democrática del Congo (RDC) en 2003. El 9 de abril de 2014, el Sr. Katanga interpuso un recurso de apelación y, finalmente, el 23 de mayo de 2014, fue condenado a 12 años de prisión por crímenes de guerra. El 25 de junio de 2014, la defensa de Katanga desistió el recurso, permitiendo, de tal forma, a la sentencia pronunciada en marzo adquirir su firmeza definitiva. En cambio, Mathieu Ngudjolo Chui, exlíder rebelde congoleño, fue absuelto, el 18 de diciembre de 2012, de la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en la provincia de Ituri, al noreste del país, por no haber conseguido demostrar la acusación que haya ordenado la muerte de unos 200 civiles indefensos en la aldea de Bogoro, más allá de toda duda razonable. El Fiscal, sin embargo, ha apelado el veredicto. Las primeras sentencias pronunciadas por la CPI son el símbolo más evidente de su efectiva operatividad. En particular, sobre el caso Lubanga vid. los siguientes documentos: ICC-T.Ch. I, *Situation on the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, No.: ICC-01/04-01/06, de 14 de marzo de 2012. Disponible en la siguiente

permanente y vocación de universalidad, naturaleza penal e independiente, complementaria respecto de las jurisdicciones de sus Estados miembros y facultada para enjuiciar a los supuestos responsables, sin distinción por el cargo, de los crímenes considerados más graves, los denominados *core crimes*, para la Comunidad Internacional en su conjunto: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5 ER).

La CPI tiene personalidad jurídica internacional de derecho público y capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. De acuerdo con el art. 4 ER, «La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado».

Su competencia tiene carácter irretroactivo, puesto que la «Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto». Además, si un Estado se adhiere a la CPI después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, salvo que el Estado no

dirección electrónica: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>. TRIAL CHAMBER I, «Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo. Public Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, No.: ICC-01/04-01/06, 10 July 2012. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1438370.pdf>. Separate opinion of Judge Adrian Fulford, Doc.: ICC-01/04-01/06-2842 14-03-2012 594/624 SL T. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838-A.pdf>. Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito. Doc.: ICC-01/04-01/06-2842 14-03-2012 608/624 SL T. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838-O.pdf>. Sobre la sentencia de la CPI relativa al caso Lubanga, se remite al siguiente estudio: AMBOS, K., «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas», *Indret*, n. 3, 2012, 47 pp.

efectúe una declaración, de acuerdo con el art. 12.3 ER, en la que autoriza a la Corte a ejercer su competencia respecto del crimen de que se trate¹⁵⁴.

La institución de la CPI ha marcado un hito en el camino hacia un sistema de justicia supranacional y de consolidación de un orden jurídico internacional¹⁵⁵. Por un lado, ha sentado las bases para la efectiva protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, en la perspectiva de poner fin

¹⁵⁴ Art. 11 ER.

¹⁵⁵ Sobre la CPI, vid.: YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 17-28. ID., «De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional», en AA.VV., *50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fundación El Monte, Sevilla, 1999, pp. 45-64. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Algunas reflexiones sobre de la Corte Penal Internacional como institución internacional», *REDMil*, n. 75, 2000, pp. 171-204. ID., «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, cit., pp. 31-44. ID., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *RIFP*, n. 21, 2003, pp. 5-35. ID., «Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad», en GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 257-264. CARRILLO SALCEDO, J. A., (coord.), *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000. GARRIDO CARRILLO, F. J./FAGGIANI, V., *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2013. FAGGIANI, V., «Verso una giurisdizione penale sovranazionale: la Corte Penale Internazionale», en ANDÒ, B./VECCHIO, F. (coords.), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Cedam, Padua, 2012, pp. 49-67. PIGNATELLI Y MECA, F. (Ed.), *El Estatuto de la Corte Penal Internacional: antecedentes y textos complementarios*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003. GÓMEZ GUILLAMÓN, R., «La Creación de la Corte Penal Internacional. Antecedentes», *REDMil*, n. 75, 2000, pp. 159-170. MORI, P., *L'Istituzionalizzazione della Giurisdizione Penale Internazionale*, Giappichelli, Turín, 2001. LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.* BUENO ARUS, F., «El Tribunal Penal Internacional», en AA.VV., *Consolidación del Derecho y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario Conmemorativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 365-382. OLÁSULO, H., *Corte penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Hitos y experiencias de la justicia penal internacional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, cit., pp. 287-314. GIL GIL, A., «Tribunales Penales Internacionales», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, cit., pp. 537-556. CHERIF BASSIOUNI, M., «The Time has come for an International Criminal Court?», *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, n. 1, 1991, pp. 1-43. CHERIF BASSIOUNI, M./L. BLAKESLEY, L. C., «The Need for an International Criminal Court in the New International World Order», *Vand J Transnat'l L*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 151-182.

a la impunidad de los autores de los crímenes y las atrocidades más graves que desafían y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad y que siguen afectando a millones de niños, mujeres y hombres, contribuyendo asimismo a la prevención de nuevos crímenes.

Y por otra parte, mediante su creación, la Comunidad Internacional en su conjunto, consciente de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos, de que sus culturas se caracterizan por un patrimonio común y preocupada porque este delicado equilibrio se podría romper en cualquier momento¹⁵⁶, manifestó finalmente su compromiso firme para la institución y efectiva consolidación de un sistema de justicia internacional supranacional, basado en el principio de responsabilidad penal individual (art. 27 ER).

2.4. Los derechos de los justiciables

El Estatuto de Roma pretende garantizar una defensa eficaz y una protección jurisdiccional efectiva de los derechos de las partes en el proceso ante la CPI: tanto las personas presuntamente culpables, los justiciables, como las víctimas y los testigos. En lo que concierne a los derechos de las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un supuesto delictivo cuya competencia corresponda a la CPI, el Estatuto de Roma reconoce, junto a los principios generales del derecho penal, un catálogo bien desarrollado de derechos procesales. Entre los principios generales del derecho penal, el Estatuto de Roma individualiza (Parte III, dedicada a los principios generales de Derecho penal, arts. 22-33 ER), el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*), la prohibición de interpretación analógica, el principio de tipicidad, el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y del *favor rei* y el principio de responsabilidad penal individual, que es aplicable sin distinción por el cargo desempeñado.

¹⁵⁶ Preámbulo del ER.

En lo que concierne a los segundos, el Estatuto de Roma distingue entre los derechos de las personas durante la investigación y los derechos de los acusados en el proceso propiamente dicho.

El art. 55 ER, que establece los derechos de las personas en las investigaciones, reconoce las siguientes garantías mínimas:

- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
- El derecho a no ser sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;
- El derecho a contar sin cargo alguno con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias para garantizar el respeto del principio de igualdad, en el caso de que una persona haya de ser interrogada en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente;
- Y el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitrarios ni a ser privado de su libertad salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos establecidos en el Estatuto de Roma.

Además, en el caso de que sea necesario cumplir con una solicitud de cooperación judicial, existiendo razones para creer que una persona ha cometido un crimen de competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, la persona objeto de la investigación tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio:

- El derecho a ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de competencia de la Corte;
- El derecho a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

- El derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes;
- Y el derecho a ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a la asistencia letrada.

A continuación, en los arts. 66 y 67 ER, el Estatuto reconoce los derechos de los acusados. La estructura de protección que el Estatuto de Roma otorga a tales derechos se articula en torno a las tres categorías principales que constituyen el núcleo del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Tales categorías-garantías son: el derecho fundamental-principio de presunción de inocencia, el derecho a un proceso público ante un juez independiente e imparcial y las denominadas garantías mínimas o derechos fundamentales básicos de naturaleza procesal, que corresponden a todo justiciable, las cuales integran la cláusula del debido proceso sustantivo.

Con respecto al primer punto, del reconocimiento en el Estatuto de Roma del derecho de toda persona, es decir tanto los sospechosos como los acusados, a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte y de los principios según los cuales la carga de la prueba corresponde al Fiscal y no se puede invertir y que la culpabilidad de una persona tiene que ser demostrada legalmente y más allá de cualquier duda razonable (art. 66 ER)¹⁵⁷, se pueden deducir algunas consecuencias interesantes.

¹⁵⁷ El derecho a la presunción de inocencia se regula en los artículos 66 y 67 ER. El primero, el art. 66 ER, dispone que: «1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable». Y el segundo, el art. 67.1.i) establece el derecho de todo acusado a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas. En su

En primer lugar, se deduce que la presunción de inocencia es un principio-derecho fundamental que debe guiar el proceso ante la CPI en todo su desarrollo; con lo cual, toda persona involucrada en un proceso penal ante la CPI tendrá que ser considerada inocente a lo largo de todo el procedimiento, mientras no se establezca su culpabilidad. De ahí, se puede, además, deducir implícitamente el derecho a no declararse culpable y a guardar silencio. Y por último, mediante la imposición de la carga de la prueba a la acusación y el establecimiento de un procedimiento para acertar la culpabilidad del individuo, se ha procedido al establecimiento de estándares mínimos, puesto que los jueces pueden declarar la culpabilidad del imputado solo sobre la base de un razonamiento basado en la evaluación de las pruebas presentadas a lo largo del proceso y de una reconstrucción lógica de los hechos¹⁵⁸.

Las demás garantías y estándares mínimos de tutela, que se refieren tanto a las garantías de carácter orgánico-estructural como a los derechos fundamentales básicos de naturaleza procesal, se desarrollan en el art. 67 ER. Según el referido

segundo apartado, el art. 67, que debe ser leído junto al art. 54 ER, reconoce el derecho a obtener pruebas favorables del Fiscal, estableciendo que: «Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá». De tal forma, tal derecho determinaría, por un lado, la obligación para el Fiscal de buscar las pruebas y, por otro, el poder-deber para los jueces de pronunciarse sobre todas las cuestiones relativas a tales aspectos. Sobre el punto, vid. ZAPPALÀ, S., «I diritti dell'accusato nel processo penale internazionale», en CASSESE, A./CHIAVARIO, M./DE FRANCESCO, G. (coords.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 399-430. En particular, sobre esta cuestión vid. pp. 428 y 429.

¹⁵⁸ *Ibidem*. Según el autor: «*In generale, si può ritenere che vi siano tre principali corollari della presunzione d'innocenza. Primo, si tratta di un principio che dovrebbe ispirare il trattamento dell'individuo, prima e durante il processo, sia all'interno del procedimento, che all'esterno. Secondo, l'effetto più importante e specifico di cui si è detto, per cui l'onere della prova grava sulla pubblica accusa. Terzo, viene fissato attraverso la presunzione d'innocenza uno standard di prova e la procedura da seguire per determinarsi in ordine alla colpevolezza dell'imputato. Va sottolineato che questi tre significati, che si riflettono oggi nelle disposizioni dello Statuto della CPI, non erano stati sin qui codificati in maniera così chiara nelle altre esperienze internazionali*». Sobre el punto, vid. p. 420.

artículo, en la determinación de cualquier cargo el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente¹⁵⁹ y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías-derechos fundamentales mínimos en pie de plena igualdad:

- El derecho a ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
- El derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;
- El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- El derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección;
- El derecho a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo¹⁶⁰, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le

¹⁵⁹ El carácter público de las audiencias se reitera también en el art. 20 del Reglamento de la CPI, que dispone que: «Salvo disposición en contrario en el Estatuto, las Reglas o el presente Reglamento y salvo decisión en contrario de la Sala, todas las audiencias serán públicas. Cuando las Salas ordenen que ciertas audiencias se celebren a puerta cerrada, deberán dar a conocer los motivos para su decisión. En caso de que desaparezcan los motivos por los que se ordenó que una audiencia no fuera pública, las Salas podrán ordenar que se dé a conocer la totalidad o cualquier parte de las actas de las audiencias celebradas a puerta cerrada». Una excepción se contempla en el art. 68.2 ER, según el cual: «Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo».

¹⁶⁰ Con respecto a los abogados defensores, vid. la Sub-sección 3., Reglas 20 sobre las obligaciones del Secretario en relación con los derechos de la defensa; Regla 21 sobre asignación de asistencia letrada; y Regla 22 sobre nombramiento de abogados defensores y condiciones que deben reunir. En particular, en la Regla 20 se establece que: «1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 43, el Secretario organizará el personal de la Secretaría de modo que se promuevan los derechos de la defensa de manera compatible con el principio de juicio imparcial definido en el Estatuto. A tales efectos el Secretario, entre otras cosas: a) Facilitará la protección de la confidencialidad, definida en el párrafo 1 b) del artículo 67; b) Prestará apoyo y asistencia y proporcionará información a todos los abogados

nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo. Según lo dispuesto en la Regla 22: «Los abogados defensores tendrán reconocida competencia en derecho internacional o en derecho y procedimiento penal, así como la experiencia pertinente necesaria, ya sea en calidad de juez, fiscal, abogado u otra función semejante en juicios penales». Además, «Tendrán un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte. Podrán contar con la asistencia de otras personas, incluidos profesores de derecho, que tengan la pericia necesaria» (Regla 22).

- El derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Roma;

defensores que comparezcan ante la Corte y según proceda, el apoyo a los investigadores profesionales que sea necesario para una defensa eficiente y eficaz; c) Prestará asistencia a los detenidos, a las personas a quienes sea aplicable el párrafo 2 del artículo 55 y a los acusados en la obtención de asesoramiento letrado y la asistencia de un abogado defensor; d) Prestará asesoramiento al Fiscal y a las Salas, según sea necesario, respecto de cuestiones relacionadas con la defensa; e) Proporcionará a la defensa los medios adecuados que sean directamente necesarios para el ejercicio de sus funciones; f) Facilitará la difusión de información y de la jurisprudencia de la Corte al abogado defensor y, según proceda, cooperará con colegios de abogados, asociaciones nacionales de defensa o el órgano representativo independiente de colegios de abogados o asociaciones de derecho a que se hace referencia en la sub-regla 3 para promover la especialización y formación de abogados en el derecho del Estatuto y las Reglas. 2. El Secretario desempeñará las funciones previstas en la sub-regla 1, incluida la administración financiera de la Secretaría, de manera tal de asegurar la independencia profesional de los abogados defensores. 3. A los efectos de la gestión de la asistencia judicial de conformidad con la regla 21 y la formulación de un código de conducta profesional de conformidad con la regla 8, el Secretario consultará, según corresponda, a un órgano representativo independiente de colegios de abogados o a asociaciones jurídicas, con inclusión de cualquier órgano cuyo establecimiento facilite la Asamblea de los Estados Partes». Al respecto, se reenvía también a las siguientes normas del Reglamento de la CPI: Sección 2, Defensa por medio de abogados, Norma 74, Defensa por medio de abogados; Norma 75, Elección del abogado defensor; Norma 76, Nombramiento del abogado defensor por una Sala; Norma 77, Oficina Pública de Defensa; Norma 78, Retirada del abogado defensor.

- El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de igualdad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla. Con respecto a la cuestión de los idiomas oficiales y de trabajo de la Corte, el art. 50 ER reconoce como idiomas oficiales de la Corte el árabe, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso, y como idiomas de trabajo el inglés y el francés.

- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;

- El derecho a declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento;

- Y el derecho a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.

La particular atención prestada a los derechos de los justiciables se puede deducir también del art. 68.3 ER, que completa lo dispuesto en el art. 67 ER, al disponer: «La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos». Esto significa que la participación de las víctimas no puede perjudicar el derecho del acusado a un proceso equitativo.

En esta fase la Sala de Primera Instancia se pronunciará declarando la inocencia o la culpabilidad del acusado (art. 74 ER). El fallo se fundamentará en la evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio y se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritas en los cargos. Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, este será

adoptado por mayoría y las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas.

En el caso de que se dicte un fallo condenatorio, la Sala de Primera Instancia fijará la pena que proceda imponer en el respeto al principio de individualización de las penas, considerando la gravedad del crimen, las características individuales y las necesidades de la personalidad del reo, intentando en la medida de lo posible individualizar su tratamiento en el respeto al principio de proporcionalidad, a través de una ponderación equitativa de los intereses en juego (145 RPP)¹⁶¹.

Si se declarara la culpabilidad del acusado se podrá proceder a convocar de oficio una nueva audiencia, con el objeto de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena. La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado (art. 76 ER)¹⁶².

¹⁶¹ En tal sentido el art. 145 RPP dice que: «La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77, debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos las atenuantes y las agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado».

¹⁶² Con respecto al catálogo de las penas, el Estatuto establece en el art. 77 ER que la Corte podrá imponer una de las siguientes penas: a) la reclusión por un periodo determinado de tiempo, en medida no superior a 30 años; b) la reclusión a perpetuidad si está justificado por la extrema gravedad del crimen y la situación personal del condenado; y con carácter adicional y facultativo: a) una multa de importe determinado; b) el decomiso del producto, de los bienes y de los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Una vez declarada la inocencia o culpabilidad del acusado y determinada la pena correspondiente a aplicar, si no se planteara ningún recurso se pasará a la última fase, es decir a la ejecución de la pena por las autoridades de un Estado colaborador bajo la dirección y el control de la Corte. La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado que están dispuestos a recibir condenados. En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con lo dispuesto en el ER (art. 103, a y b ER).

Por todo lo expuesto y si comparamos el estándar que el ER otorga a los derechos fundamentales de carácter procesal con los distintos instrumentos de protección de los derechos fundamentales adoptados a nivel internacional y con las Constituciones de los Estados miembros de la UE, se constata que el Estatuto de Roma establece un estándar de tutela más garantista.

En particular, en lo que se refiere a los derechos del justiciable, es interesante observar que la CPI se configura como un modelo de justicia completo y respetuoso con los derechos fundamentales, en el que se puede observar la influencia del CEDH y de las Constituciones nacionales. Al respecto, es oportuno precisar que aunque es evidente la influencia ejercida por los arts. 5 y 6 del CEDH, que enuncian, respectivamente, el derecho a la libertad y seguridad y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y por la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH, el Estatuto de Roma ha conseguido ir más allá. Piénsese que ni el CEDH ni los artículos 47 y 48 de la Carta establecen expresamente el derecho a un traductor o el derecho a ser informado de los propios derechos procesales, derechos fundamentales estos que, en cambio, están reconocidos en el ER en los art. 55 y 67 ER relativos a los derechos de las personas en las investigaciones y en el proceso penal propiamente dicho. En este sentido, es evidente que el ER representa para los Estados de la Comunidad Internacional en su conjunto y en modo especial para los Estados del espacio judicial europeo un modelo a seguir en la conformación y definición de estándares mínimos uniformes que garanticen una protección plena de los derechos fundamentales de naturaleza procesal considerados «básicos». Por otra parte, en lo que concierne a la influencia ejercida por las Constituciones de los Estados miembros de la UE, se observa que el ER se inspira en un modelo constitucional procesal en el que se pretende desarrollar de forma tendencialmente analítica los derechos del justiciable con el fin de definirlos en forma expresa.

2.5. Presupuestos político-constitucionales de la justicia penal supranacional

La construcción de un modelo de justicia penal supranacional, a pesar de que la institución de la CPI constituya un hito en el proceso de internacionalización del *ius puniendi*, nos enfrenta ante el problema concerniente a la ratio y a los fundamentos que otorgan a la Comunidad Internacional en su conjunto la legitimidad necesaria para declarar el derecho para el caso concreto, ejerciendo su potestad jurisdiccional más allá del Estado contra los responsables de los crímenes más graves. De ahí, la necesidad, tras el análisis de sus presupuestos históricos, de los caracteres principales de la CPI y de su importancia desde el punto de vista del reconocimiento en su Estatuto constitutivo de un conjunto bien ordenado y estructurado de derechos fundamentales, del análisis de los presupuestos político-constitucionales de este sistema.

Para su desarrollo y comprensión se partirá de la premisa de que el ejercicio del *ius puniendi* a nivel internacional acaba interfiriendo inevitablemente en una de las zonas más eminentes de la soberanía estatal, el ejercicio de la función jurisdiccional sobre individuos sometidos a la potestad de un determinado Estado, no siendo posible reconducir el ejercicio del *ius puniendi* a nivel internacional a un orden jurídico propio, a una autoridad parecida a un soberano. Por todo ello, se suele hablar de un «sistema penal sin Estado o sin soberano». Sin embargo, si se puede hablar de un sistema penal más allá del Estado, ¿de dónde procede la *auctoritas* de los tribunales penales internacionales para declarar a un individuo responsable de la comisión de un crimen?¹⁶³ Y ¿existe una dicotomía indisoluble entre soberanía estatal,

¹⁶³ Vid. VON BOGDANDY, A./VENZKE, I., «In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification», *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 7–41.

concebida como el «hermano de la Real politik», «un enemigo» y la justicia penal internacional o, más bien, se puede hablar de una relación compleja¹⁶⁴?

Al respecto, hemos de considerar que la soberanía estatal es una categoría relativa y dinámica¹⁶⁵, que ha ido evolucionando en relación con el concepto de Estado imperante en un determinado momento histórico y en un determinado espacio territorial. En este sentido, se ha pasado de un concepto más cerrado y absolutista de soberanía, expresión del modelo que se ha desarrollado desde la paz de Westphalia (1648), a una concepción más flexible y abierta. Y es precisamente desde esta nueva concepción de soberanía estatal que se ha planteado la posibilidad de desarrollar un derecho penal supranacional.

Por otra parte, es también importante considerar que la institución de un sistema de justicia penal internacional se enmarca en el proceso de constitucionalización del Derecho Internacional y de la Comunidad Internacional con el objeto de consolidar un monopolio de poder y defender un orden jurídico internacional basado en un conjunto de principios comunes, que tienen que ser no solo reconocidos sino efectivamente tutelados. En dicho proceso, la adopción del Estatuto de Roma en el ámbito de la Conferencia de Plenipotenciarios ha representado, sin duda, un «momento constitucional» importante, siendo su misma institución el fruto de la manifestación de la soberanía de los Estados y, en definitiva, de la Comunidad Internacional en su

¹⁶⁴ CRYER, R., «International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?», *EJIL*, vol. 16, n. 5, 2006, pp. 979–1000. Al respecto, afirma el autor: «*When sovereignty appears in international criminal law scholarship, it commonly comes clothed in hat and cape*», p. 980.

¹⁶⁵ MELANDRI, M., «The Relationship between State Sovereignty and the Enforcement of International Criminal Law under the Rome Statute (1998): A Complex Interplay», *Int'l Crim L Rev*, vol. 9, n. 3, 2009, pp. 531–545. Según la autora: «*The analysis will show that the relationship between state sovereignty and international criminal justice is a dynamic and complex one, which needs to be understood and contextualized within the current system of international relations*».

conjunto, que, de tal forma, ha demostrado su compromiso y apuesta hacia una justicia penal universal¹⁶⁶.

Dicho modelo ya no considera al Estado como un orden jurídico cerrado, que prescinde de las eventuales relaciones entre los distintos ordenamientos, sino que parte de la premisa de la existencia¹⁶⁷ de una Comunidad Internacional¹⁶⁸ y de un orden jurídico internacional, dotado de un sistema sancionador, aunque *in fieri*, cuyo fin es garantizar la paz entre los pueblos. Por lo tanto, de acuerdo con dicho planteamiento, la sanción se configura como la reacción del ordenamiento contra el acto antijurídico, es decir la reacción de la comunidad, constituida por el orden jurídico, frente al violador del propio orden,

¹⁶⁶ Es importante destacar que el Estatuto de Roma fue adoptado con un resultado de 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones y, con los mismos resultados, se aprobaron las Actas Finales de la Conferencia Diplomática. Los votos contrarios de USA, China e India, fueron significativos, dada la influencia de estos Estados en la Comunidad Internacional. Las votaciones, a solicitud de Estados Unidos, fueron secretas. Aunque no se «registraron», se puede deducir de algunas declaraciones contextuales y sucesivas a la aprobación que votaron en contra USA, China, Israel, Irak, Libia, quizás Qatar o Yemen e India, a pesar de que esta última haya declarado después haberse abstenido. Aunque no influyó negativamente en el proceso de ratificación del Estatuto, fue políticamente significativa la «retirada» de la firma por parte de Estados Unidos, seguida por Israel. Ambos Estados habían firmado el Estatuto el 31 de diciembre de 2000, el último día en el que era posible. Estados Unidos, el último día del mandato de Bill Clinton, el 6 de mayo de 2002, retiró la firma, incentivando, de tal forma, a Israel a que el 28 de agosto hiciera una declaración en el mismo sentido, demostrando la evidente oposición a la CPI y a su efectivo funcionamiento.

¹⁶⁷ Al respecto, el punto de partida es representado por el modelo estatal de matriz hobbesiana. De acuerdo con la teoría de Hobbes del contrato social, que representa el fundamento de los Estados nacionales centralizados, la existencia y supervivencia de un orden jurídico constituido, que ponga fin al «Estado de naturaleza y al *bellum ómnium contra omnes*», requiere la existencia de un Estado y de un soberano, el Leviatán, al que los súbditos transfieren sus derechos. En este Estado, el Leviatán, al que le corresponde crear el orden jurídico y garantizar la paz social, tiene el monopolio exclusivo y absoluto del ejercicio del *ius puniendi* sobre sus súbditos. Sin embargo, esta concepción del Estado-Nación, resulta ser limitada y limitante, puesto que considera al Estado como un orden jurídico cerrado y no tiene en cuenta las eventuales relaciones entre los distintos ordenamientos tanto *ad intra* como *ad extra* que componen el sistema.

¹⁶⁸ KELSEN, H., «Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations», cit., p. 500. Según el autor, «*International law is law in the true sense of the term, for its rules, regulating the mutual behavior of states, provide sanctions to be directed against the state which has committed an international delict, or, what amounts to the same, has disregarded its obligations towards another state and thus violated the right of the other state. The specific sanctions provided by general international law are: reprisals and war*».

en virtud del reconocimiento social y de su efectividad y, en definitiva, de una pretensión de validez moral/material de las normas por parte de los sujetos sometidos a dicho orden¹⁶⁹.

Ahora bien, cuando se habla de la CPI, se nos plantea ante todo la cuestión de si existe una insoluble asimetría entre el ejercicio del *ius puniendi* y los principios fundamentales de la democracia, constituyendo esta una amenaza a la soberanía o si, por lo menos, se pueden individualizar algunos elementos que permiten justificar su carácter acorde con la soberanía estatal y los principios fundamentales de la democracia. Ante todo, hemos de considerar que la creación de un sistema de justicia penal internacional como el modelo de la CPI es expresión del proceso de constitucionalización del orden jurídico internacional, cuyo fin supremo es la protección de los derechos humanos fundamentales. Dicho «orden cosmopolita» se ha desarrollado a partir de la categoría de la dignidad humana, que se concibe como un fin en sí mismo, intrínseco e inherente al ser humano en cuanto tal, cuyo respeto es la base para alcanzar la

¹⁶⁹ Sobre la constitucionalización del derecho internacional: FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers Koninklijke Brill NV, Leiden/Boston, 2009. KOTZUR, M., «Overcoming Dichotomies: A Functional Approach to the Constitutional Paradigm in Public International Law», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 585-597. ULFSTEIN, G., «The Relationship between Constitutionalism and Pluralism», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 575-583. VIELLECHNER, L., «Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 599-623. BERMAN, P. S., «A Pluralist Approach to International Law», *Yale J Int'l L*, vol. 32, n. 2, 2007, pp. 301-329. BROUDE, T., «The Constitutional Function of Contemporary International Tribunals, or Kelsen's Visions Vindicated», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 519-549. En particular, según KOTZUR, M., desde una perspectiva funcional, la transposición de la «matriz constitucional» al ámbito supraestatal, aunque con las adaptaciones y matizaciones oportunas, representa el «punto de partida» para la construcción de un sistema jurídico armonizado, basado en un conjunto de garantías procesales e institucionales de carácter europeo-supraestatal, cuya función es legitimar, limitar y controlar el ejercicio del poder. La posibilidad de transponer tales categorías e institutos del ámbito estatal al ámbito supranacional ha sido favorecida por el carácter abierto, plural y dinámico de las Constituciones que han ido recogiendo cláusulas de legitimación externas. Tales cláusulas, instituidas para legitimar la cesión de poderes soberanos a favor de órganos de carácter supranacional, han impulsado la adaptación legislativa y jurisprudencial de los ordenamientos nacionales a los ordenamientos europeo e internacional, en el intento de evitar o, por lo menos, reducir eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción entre tales espacios y permitir colmar lagunas.

«paz eterna» como fuente de derechos humanos fundamentales, de valores universalmente compartidos, y que en el marco de un sistema de protección de los derechos fundamentales multinivel requiere de mecanismos que le otorguen una protección adecuada.

La protección de la dignidad humana se convierte por lo tanto en la base, en el elemento clave y unificador, del sistema en su conjunto, que constituye el objetivo común perseguido tanto por el proceso de constitucionalización del *ius puniendi* como por el proceso de internacionalización, aunque en este caso tendría una proyección más amplia y trascendente las fronteras estatales. De ahí, por un lado, la necesidad de los Estados de dotarse de una propia Constitución en la que, mediante su reconocimiento, se defiendan los valores fundamentales de la democracia, y por otra parte de mecanismos de cooperación interestatales, que permitan desarrollar un «derecho penal reconocido interculturalmente y universal»¹⁷⁰. Solo de tal forma, se conseguiría alcanzar un orden jurídico global constitucionalizado, una comunidad cosmopolita de los ciudadanos del Mundo, a la que estarían sometidos también los Estados, cuyo fundamento se individualiza precisamente en los derechos humanos, en valores y principios generales universalmente compartidos por su carácter fundamental. En este orden, la Comunidad Internacional, a través de la CPI, asume un papel fundamental, convirtiéndose en el titular del *ius puniendi* internacional¹⁷¹.

¹⁷⁰ Según AMBOS, K., «Un *ius puniendi* supranacional puede ser inferido de una combinación de los estadios incipientes de supranacionalidad de un orden mundial basado en valores y el concepto de una sociedad mundial compuesta por ciudadanos mundiales, cuyo derecho –el ‘derecho del ciudadano mundial’ (*Weltbürgerrecht*)– es derivado de derechos humanos universales, indivisibles e interculturalmente reconocidos, fundados en un concepto kantiano de dignidad humana. De hecho, esta combinación del individuo y lo colectivo está implícita en el preámbulo del Estatuto de la CPI». Vid.: AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *Ius Puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», cit., pp. 37 y 38.

¹⁷¹ HABERMAS, J., «Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?», en HABERMAS, J., *The Divided West*, Cambridge, Polity Press, 2006, p. 113.

Por lo tanto y para responder también a la segunda cuestión planteada acerca de si la CPI constituiría una amenaza para la soberanía estatal, se sostiene que no, puesto que en virtud de la habilitación constitucional para atribuir competencias, los Estados, que han ratificado en sus ordenamientos internos el Estatuto de Roma, han decidido delegar parte de sus poderes soberanos. La CPI no constituiría una amenaza para la soberanía estatal, configurándose como una extensión de la jurisdicción penal nacional, en aras de la represión de ciertos crimines que por su particular gravedad afectan a toda la Comunidad Internacional en su conjunto, vulnerando sus valores esenciales y amenazando su supervivencia.

Por lo expuesto anteriormente, se constata que la CPI ha marcado un hito en la historia de la humanidad y en los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos con vistas al desarrollo de un espacio de justicia global. Por primera vez, se ha instituido y puesto en marcha un órgano jurisdiccional supranacional de carácter penal, cuya naturaleza, funciones, competencias, finalidades y el procedimiento han sido predeterminados.

El funcionamiento y la consolidación de un modelo de justicia penal supranacional efectivo es, sin duda, un proceso largo y difícil, en el que los intereses de los Estados y de las grandes potencias en la mayoría de los casos crean obstáculos casi insuperables, conllevando el riesgo de politización e instrumentalización de tales situaciones y, en muchos casos, la falta de efectividad de tales medidas. Sin embargo, no se pueden desconocer los importantes pasos que se han dado y sobre todo la necesidad de seguir adelante en este camino a fin de que los terribles y atroces crímenes que han sido perpetrados a lo largo de la historia no se vuelvan a repetir, quedándose impunes, pero también a fin de que los presuntos culpables, sin distinción por su cargo, sean enjuiciados mediante un proceso con todas las garantías y no simplemente mediante un proceso que sea expresión de la venganza de los

«vencedores sobre los vencidos». Solo de tal forma, se podrá avanzar en el camino hacia la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia global, instituido sobre la base de mecanismos de integración supranacional que puedan asegurar la paz y el desarrollo de nuestra sociedad.

3. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

3.1. Fines

La denominada «europeización del *ius puniendi*» es el resultado de la interacción entre tres procesos autónomos y distintos aunque íntimamente relacionados, en virtud de la existencia de un patrimonio y de valores generalmente compartidos: el proceso de constitucionalización a nivel estatal, el proceso de internacionalización y el proceso de europeización del *ius puniendi*. Tal interacción ha impuesto progresivamente la necesidad de elaborar una nueva declinación de los principios y de las categorías por tradición eminentemente nacionales, integrándolos con las fuentes supranacionales. Por todo ello, en la segunda parte de este Capítulo, tras analizar los procesos de constitucionalización y de internacionalización, se pretende indagar el proceso de europeización del *ius puniendi*, es decir las principales etapas de su evolución y sus finalidades.

La institución de un derecho procesal penal europeo, basado en un conjunto de garantías procesales comunes a sus Estados miembros, tiene dos objetivos: dotar a los ciudadanos de la UE y a los extranjeros que circulen en dicho espacio de un «estatuto procesal», equivalente y comparable en los 28 Estados miembros y elaborar una respuesta adecuada para enfrentarse a la circulación de la criminalidad, mediante el refuerzo de la coordinación y de la integración entre los aparatos de control y judiciales de los Estados.

Con respecto al primer objetivo, se parte de la premisa de que la libertad «necesita un auténtico espacio de justicia en el que los ciudadanos puedan acudir a los tribunales y a las autoridades de cualquier otro Estado en las mismas

condiciones que en su propio país»¹⁷², con el fin de que los derechos inviolables y las libertades fundamentales reconocidos de forma abstracta sean tutelados también de forma plena, efectiva y uniforme en todo el territorio de la Unión Europea. Al respecto, es importante considerar que la mayoría de los supuestos delictivos con elementos de extraterritorialidad presenta también problemas más específicos, tales como la presencia del acusado, debido a que la persona sospechosa o acusada se encuentre en un territorio extranjero, lejos del órgano jurisdiccional que ha adoptado el acto de ejecución del que es el destinatario, a que no comprenda el idioma o desconozca el sistema jurídico de tal ordenamiento y por eso no puede defenderse adecuadamente. Pero también, hay que tener en cuenta que, una vez finalizado el enjuiciamiento, todo individuo, en virtud del principio del *ne bis in idem*¹⁷³, que es una manifestación tangible de la tutela judicial efectiva de los particulares frente al ejercicio del *ius puniendi*, derivada del derecho al proceso debido y a un juicio justo¹⁷⁴, debe saber que una vez condenado y cumplida la pena, o en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, puede desplazarse dentro de este espacio, sin correr el riesgo a que en otro se le persiga, alegando que aquel comportamiento integra en su sistema jurídico un supuesto típico delictivo distinto.

Por otra parte, en relación con la necesidad de elaborar una respuesta adecuada para enfrentarse a la circulación de la criminalidad, es importante considerar que la supresión de las fronteras y la libre circulación de las personas han determinado no solo el incremento exponencial de la movilidad de las

¹⁷² Conclusiones del Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 5.

¹⁷³ Antes recogido en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el principio del *ne bis in idem* ha sido posteriormente recogido en el art. 50 de la Carta.

¹⁷⁴ Conclusiones del Abogado General D. Ruíz Jarabo, presentadas el 20 de octubre de 2005, *Van Esbroeck*, C-436/04, apartado 21. Al respecto el Abogado General afirma que: «La interdicción del *bis in idem* alberga, pues, dos fundamentos. Por un lado, se revela como una manifestación de la tutela judicial del ciudadano frente al *ius puniendi*, derivada del derecho al proceso debido y al juicio justo, con rango constitucional en algunos Estados involucrados en el Acervo de Schengen. Por otro lado, es una exigencia estructural del sistema jurídico, cuya legitimidad se asienta en el respeto de la cosa juzgada».

personas en la UE, sino que han favorecido también el desarrollo de formas de criminalidad organizada¹⁷⁵ y de la comisión de graves crímenes caracterizados por elementos de extraterritorialidad, cuyos efectos superan las fronteras nacionales, generando una elevada inseguridad en el territorio de la UE y poniendo en peligro sus intereses fundamentales¹⁷⁶.

Entre los principales desafíos que están afectando a nuestro siglo, piénsese, por ejemplo, en el fenómeno del terrorismo, que, tras los atentados terroristas de 11 de septiembre de 2001, el de 11 de marzo de 2004 y el de 7 de julio de 2005, ha adquirido un carácter global, en el crecimiento de la delincuencia organizada, la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, las deficiencias de las instituciones judiciales y de los cuerpos de seguridad, la necesidad de una mayor seguridad y previsibilidad jurídicas en las transacciones transfronterizas de una

¹⁷⁵ El en el Eurobarómetro 75, primavera de 2011 se destacaba que las cuatro principales áreas en las que debería centrarse la acción de la UE son: la política económica y monetaria, la política de inmigración, la política de salud y la lucha contra la delincuencia.

¹⁷⁶ PICOTTI, L., «Las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario. Estado actual y perspectivas de futuro», *RDPC*, n. 13, 2004, pp. 151-198. GRASSO, G., *Comunidades europeas y derecho penal: las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los estados miembros*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1993. ID., «Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 1-97. Con respecto a la noción de bien jurídico supranacional, vid. pp. 54 y ss. Sobre este tema en el mismo texto, vid. también: GRASSO, G., «La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., pp. 633-672; ID., «La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., pp. 673- 707. Según el autor, de la institución de las Comunidades europeas deriva la necesidad de otorgar una protección de carácter penal a un conjunto de bienes jurídicos. Tales bienes se pueden distinguir en dos grandes categorías: a) bienes propiamente institucionales, es decir relacionados con la existencia de la Comunidad, en cuanto necesarios para el ejercicio de las competencias y de los poderes supranacionales a estas atribuidos por los tratados, entre los que se incluyen la función pública comunitaria, el desarrollo de la actividad jurisdiccional por parte de las autoridades jurisdiccionales comunitarias, los intereses financieros comunitarios y la moneda única; b) y los intereses que nacen de la actividad legislativa de la comunidad, en relación sobre todo con la creación del mercado único y la afirmación de las libertades fundamentales, factores estos que acaban teniendo efectos también sobre los perfiles sancionadores de las reglamentaciones nacionales interesadas e impliquen una transformación en muchos casos profunda del derecho de la economía también en lo que se refiere a sus aspectos penales.

economía cada vez más global. Las estrechas conexiones y recíprocas implicaciones entre tales formas de criminalidad organizada han obligado a los Estados a replantear su estrategia, orientando las políticas represivas-sancionadoras de la UE hacia la elaboración de normas mínimas comunes respetuosas con los derechos humanos fundamentales de las personas implicadas en un proceso penal.

Mediante la institución de un modelo común de cooperación judicial en materia penal¹⁷⁷, se pretende eliminar todo obstáculo¹⁷⁸ derivado de la incompatibilidad entre los distintos sistemas judiciales y administrativos, contribuyendo al fortalecimiento de una colaboración más estrecha entre las autoridades de los Estados miembros, institucionalizar nuevos mecanismos

¹⁷⁷ Con respecto al sistema de cooperación judicial europeo y a sus etapas principales, es preciso mencionar: CARBONE, S. M./CHIAVARIO, M. (coord.), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Turín, 2008. APRILE, E./SPIEZIA, F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, Milán, 2009. APRILE, E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Pádua, 2007. NASCIMBENE, B./PASTORE, M. (coord.), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milán, 1995. JIMENO BULNES, M. (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Madrid, 2007. CAGGIANO, G., «L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto», *Studi int. eur.*, n. 2, 2007, pp. 335-374. ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Lex Nova, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2005. ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007. SALAZAR, L., «La costruzione di uno spazio penale comune europeo», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., pp. 395-466. CANNIZZARO, E./BARTOLONI, M.E., «La "costituzionalizzazione" del terzo pilastro dell'Unione europea», *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2007, pp. 471-491. PAOLUCCI, C. M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, UTET giuridica, Turín, 2011. DE MIGUEL ZARAGOZA, J. A., «Cooperación judicial penal en la Constitución Europea», *BIMJ*, año 58, n. 1975, 2004, pp. 3523-3536.

¹⁷⁸ Tales objetivos han sido reiterados también en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, relativa a la Estrategia «Europa 2020» con el objetivo de alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. En dicho acto el desarrollo de un espacio de justicia que funcione correctamente y en el que se hayan eliminado los obstáculos a los procedimientos judiciales transfronterizos y el acceso a la justicia en casos transfronterizos se considera el «elemento clave» para apoyar los objetivos específicos y las iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europa. Al respecto, vid. también: Reglamento (UE) n. 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establece el programa «Justicia» para el período de 2014 a 2020.

procesales y potenciar los existentes para garantizar la ejecución rápida y simple de las resoluciones judiciales, facilitar el acceso a la justicia y la armonización de las legislaciones nacionales, simplificar y agilizar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de emisión y de ejecución y equilibrar el principio de igualdad de armas entre la parte acusadora y la defensa y de contradicción, principios básicos en el desarrollo de los procesos penales¹⁷⁹.

La libre circulación¹⁸⁰ de las personas y de las mercancías, de los capitales y servicios nos sitúa ante asuntos judiciales transfronterizos, cuyas repercusiones se proyectan más allá de las fronteras del país en el que dichos crímenes han sido cometidos (*lex loci commissi delicti*, principio de territorialidad y del pabellón), de la nacionalidad de sus autores (*lex personae*) o de la nacionalidad de la víctima¹⁸¹ (principio de personalidad activa y pasiva) o que se caracterizan por la necesidad del Estado de defenderse y proteger sus bienes ante un supuesto típico delictivo cometido en su territorio por un extranjero (principio real). De

¹⁷⁹ En el mismo sentido, DE HOYOS SANCHO, M., afirma que los principios rectores del ELSJ son la confianza mutua, la armonización de ordenamientos, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y el reforzamiento de la cooperación policial y judicial transnacional. Tale «criterios» o «principios», que vienen informando y encontrando plasmación en los diversos instrumentos normativos aprobados en el ámbito del ELSJ, tanto desde el punto de vista penal, material y procesal, como desde el punto de vista policial y orgánico, tienen la finalidad de facilitar la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos por los órganos policiales y jurisdiccionales nacionales, así como la puntual y correcta ejecución de las resoluciones dictadas en los diversos procesos penales. De tal forma, se pretende perseguir más eficazmente el crimen transfronterizo. Sobre este punto vid. DE HOYOS SANCHO, M., «Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales/Harmonization of criminal proceedings, mutual recognition and essential safeguards», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales/Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 42-79.

¹⁸⁰ MORBIDELLI, G., «La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario», en PREDIERI, A./TIZZANO, A. (dir.), *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2001. Según el autor, la expansión del derecho penal a la esfera comunitaria determinaría la erosión de la autonomía procesal de los Estados de la UE (v. pp. 41-43). El autor habla también de una «fuerza expansiva del derecho comunitario sobre el proceso penal», cuyos fundamentos se hallan en los principios comunitarios «históricos», esto es la libertad de circulación de las mercancías y la prohibición de no discriminación (v. pp. 23 y ss).

¹⁸¹ AMBOS, K., «Los fundamentos del ius puniendi nacional. En particular su aplicación extraterritorial», cit..

ahí, por un lado, la necesidad de adoptar normas mínimas comunes en materia de competencia para la individualización de puntos compartidos de conexión que permitan eliminar los conflictos de jurisdicción y, por otra parte, de disposiciones que unifiquen o armonicen las normas que afectan a determinados ámbitos para luchar contra la práctica del *fórum shopping*¹⁸², en la búsqueda del juez potencialmente más favorable.

La técnica del *fórum shopping*, utilizada generalmente por las organizaciones criminales, permite a las personas implicadas en un proceso penal elegir, tras una evaluación de impacto, el «*fórum*» en el que las normas penales les sean más favorables o tenga más lagunas con el objeto de que el tribunal aplique la ley que más les convenga. De tal forma, mediante la aproximación de las normas penales, se pretende evitar la proliferación de espacios privilegiados de impunidad o refugios seguros, permitiendo a los delincuentes encontrar la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros, arriesgando asimismo producir un efecto dominó susceptible de extender sus consecuencias al resto de los países de la UE. El fenómeno del *fórum shopping* perjudica la lógica y el nivel de la libre competencia, como en el caso del fraude, la economía de mercado de la UE y contribuye inevitablemente al desarrollo de un sistema jurídico asimétrico y fragmentado y a una tutela jurídica diferencial, que

¹⁸² La práctica del «*fórum shopping*» permite a las personas implicadas en un proceso penal elegir el «*fórum*» en el que las normas penales les sean más favorables o tengan más lagunas. Dicha práctica podría convertir a algunos territorios, según la expresión utilizada por el Prof. BERNARDI, en «paraísos criminales», los cuales son susceptibles de extender sus efectos al resto de los países de la UE. Sobre esta cuestión, vid. BERNARDI, A., «Europe sans frontières et droit penal», *Rev.sc.crim.*, n. 1, 2002, pp. 1-13. Sobre los conflictos de jurisdicción, se reenvía también a los siguientes estudios: CAMARERO GONZÁLES, G. J., «Conflictos de jurisdicción y ne bis in idem internacional. ¿Desconfianza mutua entre Estados?», *RPJ*, n. 86, 2007, pp. 118-134. En particular, sobre este punto se reenvía a las páginas 121-122. MARTÍN DIZ, F., «Conflictos entre jurisdicciones nacionales concurrentes y delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea: problemas y soluciones procesales», *Justicia*, n. 1-2, 2008, pp. 175-212.

acabaría vulnerando los derechos fundamentales de los particulares y ante todo el principio de igualdad.

Por todo ello, la institución de tales mecanismos de cooperación judicial responde a la necesidad de garantizar una mayor seguridad jurídica para las personas y los agentes económicos, reforzar la confianza mutua entre los Estados y contribuir a eliminar las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros a través del reconocimiento por parte del Estado de ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades del Estado de emisión, evitando «que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros»¹⁸³. De lo contrario, sin normas mínimas comunes que permitan eliminar las fuertes diferencias sustanciales y procedimentales en el ámbito penal, las autoridades judiciales se mostrarían reticentes a ejecutar los instrumentos europeos adoptados en dicho ámbito, que como la orden de detención europea implican la entrega de una persona a otro país para que sea enjuiciada o para que se cumpla la pena impuesta.

3.2. Proceso de desarrollo

3.2.1. Antecedentes previos: los convenios internacionales de armonización en el ámbito del Consejo de Europa

El proceso de «constitucionalización de un *ius puniendi* europeo»¹⁸⁴, es decir de progresiva construcción y configuración de un derecho penal europeo

¹⁸³ Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 5.

¹⁸⁴ Sobre la construcción de un *ius puniendi* europeo, vid.: BERNARDI, A., «Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Note di un penalista», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4, 2013, pp. 551-602. BERNARDI, A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Turín, 2004. BERNARDI, A., «Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali», *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur., Nuova serie.*, Vol. XVIII, 2004, pp. 35-66. DELMAS-MARTY, M., «Verso un diritto penale comune europeo?»,

que permita alcanzar la aproximación y la armonización entre las legislaciones de los Estados miembros en un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras, se ha ido desarrollando en las distintas fases del proceso de integración europea¹⁸⁵ y en función de los distintos objetivos que la UE se proponía¹⁸⁶.

Riv.Ital.Dir.Proc.Pen., n. 2, 1997, pp. 543-554. DELMAS MARTY, M., «The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law», *JICJ*, vol. 1, n. 1, 2003, pp. 13-25. JESCHECK, H. H., «Nuove prospettive del Diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?», en FOFFANI, L. (coord.), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo: omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92. Compleanno*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 1-20. DE FRANCESCO, G., «Le sfide della politica criminale: integrazione e sviluppo dei sistemi represivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale», en FOFFANI, L., *op. cit.*, pp. 47-65. VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», *RP*, n. 15, 2005, pp. 169-184. TIEDEMANN, K., «L'europeizzazione del diritto penale», *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 1998, pp. 3-21. Según TIEDEMANN: «El proceso de armonización, internacionalización y europeización del derecho penal consiste no tanto en elaborar reglas más o menos escritas, cuanto en elegir principios y crear estándar mínimos de tutela, destinados a encontrar consenso» (p. 8). Por su parte, según NIETO MARTÍN: «Por europeización del derecho penal debe entenderse el conjunto de efectos jurídicos que el derecho de la UE produce en el derecho penal nacional a través de una serie de instrumentos jurídicos y principios» (p. 6). Al respecto, vid.: NIETO MARTÍN, A., «Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal», *RGDP*, n. 3, 2005, pp. 1-70. Y por último, ARMENTA DEU, T., «Aproximación del proceso penal en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal», *RGDPR*, n. 22, 2010, pp. 1-38. En este estudio, la autora define el «proceso penal europeo», como un conjunto de normas jurídicas-comunitarias supranacionales y la «europeización del proceso penal», como el proceso de aproximación entre los ordenamientos procesales nacionales, de acuerdo con las pautas trazadas desde las instancias comunitarias, aspecto este último al que generalmente se alude con la expresión «armonización del proceso penal», al menos hasta el Tratado de Lisboa donde se consagra la voz aproximación. La primera opción, según la autora, es «más compleja». En defecto de un desarrollo satisfactorio de la misma, la segunda es la que actualmente recibe más adhesiones tras diversos intentos como la frustrada Constitución Europea, siendo de hecho la consagrada en el Tratado de Lisboa.

¹⁸⁵ En este sentido, de acuerdo con AMBOS, K., si el derecho procesal penal es derecho Constitucional aplicado, el «sismógrafo del sistema constitucional de un Estado», consecuentemente «el derecho procesal penal de la Unión Europea muestra el grado de estado del Estado de Derecho de la Europa integrada». Una confirmación de todo ello se puede encontrar en el análisis de su nivel de desarrollo en las distintas fases del proceso de integración europea. AMBOS, K., «Introducción ¿Reconocimiento mutuo versus garantías procesales?», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales...*, cit., pp. 25-39. Sobre el punto, vid. p. 25.

¹⁸⁶ Sobre la influencia de la distintas fases del proceso de integración europea en el desarrollo de un derecho procesal europeo, vid. en particular: BERNARDI, A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit.. GARCÍA RIVAS, N., «La tutela de las garantías penales tras el tratado de Lisboa», en DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L. M./NIETO MARTÍN,

Las etapas hacia su consolidación¹⁸⁷ han sido marcadas por una tensión dialéctica constante entre el interés, en particular, de algunos Estados, de

A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 92-115.

¹⁸⁷ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «Derecho Penal y Tratado de Lisboa», *Rev. derecho com. eur.*, año 12, n. 30, 2008, pp. 349-380. La autora distingue entre «derecho europeo penal», con el cual se hace referencia a un futuro momento histórico en el que la UE pueda dictar normas de contenido penal que sean de forma directa aplicables en los Estados Miembros, y el concepto de «derecho penal europeo», que se refiere a las normas penales que han de aprobar los distintos EEMM para proceder a proteger bienes jurídicos de interés europeo –o europeizados–. De tal forma, se antepondría el adjetivo europeo al de penal al tratarse de normas de titularidad europea. En cambio, anteponiendo el adjetivo penal al de europeo se pretende remarcar que prima el contenido penal de la regulación; lo cual sigue determinando la necesidad de que los EEMM procedan a poner en marcha la protección de bienes jurídicos de titularidad supranacional (p. 350). Según BERNARDI: «*Un'indagine de iure condito sul "diritto penale comunitario" potrebbe, di primo acchito, suscitare scetticismo, o addirittura essere considerata un vero paradosso. Infatti l'espressione "diritto penale comunitario", pur entrando vieppiù nel linguaggio corrente, viene prevalentemente utilizzata per indicare una entità indefinita, proiettata in un futuribile quanto mai incerto e problematico. In questo senso, ove riferita all'oggi, tale espressione mantiene un sapore rivoluzionario e irrealistico, in ragione innanzitutto della presunta impossibilità di un connubio tra i due campi del diritto da essa evocati. La connotazione "sovversiva" insita in una declinazione al presente dell'espressione "diritto penale comunitario" può essere colta con chiarezza ove si consideri che il diritto comunitario - al di là del carattere eterogeneo delle norme che lo compongono, e a prescindere dall'adesione a concezioni d'impronta monistica o dualistica - può dirsi essenzialmente un diritto che sorge dalla spontanea rinuncia degli Stati al mantenimento del monopolio assoluto delle proprie prerogative sovrane, dall'accettazione di un ordinamento "sovra-nazionale" integrantesi con quello interno e prevalente su di esso. Per contro, come si sa, il diritto penale costituisce il ramo del diritto d'impronta più spiccatamente statale, nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell'identità nazionale e si attuano - sulla base di strategie anticriminali tendenzialmente libere da vincoli "esterni" - le più penetranti forme di controllo dei consociati. In questa prospettiva, dunque, il "diritto penale comunitario" sembra costituire un vero e proprio ossimoro, capace di racchiudere in sé elementi contraddittori se non addirittura inconciliabili. Tuttavia, nonostante quanto sin qui detto, l'espressione "diritto penale comunitario" comincia ormai ad essere adoperata anche per alludere ad un qualcosa di già attuale e vitale. Vero è però che, seppure spogliata di ogni connotazione avveniristica, l'espressione in esame mantiene un contenuto aleatorio e mutevole, stante la sua capacità di alludere, a seconda dei casi o delle concezioni accolte, a fenomenologie assai differenti tra loro». BERNARDI, A., «I tre volti del "diritto penale comunitario"», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, vol. 9, n. 2, 1999, pp. 333-379. Según KLIP, «*European criminal law deals with a multi-layered patchwork of legislation and case law both European and national courts, European and national legislatures, and other authorities and bodies play a role. It is a hybrid system, even though it does possess some common notions and values, which therefore justifies its classification as a separate field of law. European criminal law also involves the development of a criminal justice system for the European Union (European Union or Union, which must be considered as an ongoing and progressive task)*». Al respecto, vid. KLIP, A., *European Criminal Law. 2nd edition. An**

preservar intacta su soberanía estatal con el monopolio del *ius puniendi*, considerado por tradición exclusivo e inherente a este, y la necesidad de garantizar y proteger la tutela judicial efectiva en un contexto transnacional. La primera manifestación de la voluntad de desarrollar un derecho penal europeo se puede encontrar en los convenios internacionales de armonización adoptados tras la Segunda Guerra Mundial en el ámbito del Consejo de Europa y ratificados por sus Estados, los cuales, según BERNARDI, han determinado el «*tramonto dello statalismo penale*»¹⁸⁸, produciendo un conjunto de obligaciones para los Estados signatarios.

Entre tales documentos, el CEDH se considera como «el instrumento central de derechos humanos». Este, al enunciar «los estándares mínimos constitucionales para un proceso penal europeo»¹⁸⁹, permite conformar un «derecho común de las garantías», que los Estados Partes del Consejo de Europa tienen el deber de respetar. A través de la positivización de tales garantías, cuyo contenido y alcance han sido desarrollados por el TEDH, se pretendía asegurar «la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales», que constituyen «las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo y de la democracia», la promoción de una «concepción y un respeto comunes de los derechos humanos» y una «unión más estrecha entre sus miembros»¹⁹⁰.

Entre los actos de asistencia primaria, adoptados en el seno del Consejo de Europa, precisa resaltar por su importancia en el ámbito procesal penal el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (20 de abril de 1959)

Integrative approach, Colección: Ius Communitatis Series, Intersentia, 2012 (en particular, p. 1).

¹⁸⁸ BERNARDI, A., *L'eupeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 7 y ss.

¹⁸⁹ AMBOS, K./KRACKOW, P./MILLER, D., *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, C. H. Beck, 2006, München, pp. 333 y 334.

¹⁹⁰ Preámbulo del CEDH.

y el Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimiento en materia penal (15 de mayo de 1972). En tales convenios, el Estado requirente delega el *ius puniendi*, ejerciendo su potestad juzgadora a favor del Estado requerido, que la llevará a cabo en lugar del primero. Y entre los mecanismos de asistencia secundaria, se encuentra el Convenio Europeo de extradición (13 de diciembre de 1957)¹⁹¹. En este caso, el Estado requirente no renuncia a su soberanía, sino que se limita a solicitar la asistencia judicial del Estado requerido, con el fin de llevar a cabo eficazmente sus objetivos.

Sin embargo y con la salvedad del CEDH, cuya importancia es indiscutible en el desarrollo de un sistema de protección supraestatal de los derechos fundamentales, los convenios adoptados en el seno del Consejo de Europa ofrecen un cuadro bastante fragmentado¹⁹². Los instrumentos adoptados, integrados en muchos casos por protocolos adicionales, se caracterizan por las dificultades de los procesos de firmas y ratificación en los ordenamientos internos por parte de los Estados, que suelen poner declaraciones y reservas, sin contar los problemas relacionados con la necesidad de darles efectiva aplicación, por las diferentes legislaciones procesales penales previstas o también por la negligencia o inactividad de las autoridades del Estado requerido.

Y por último, hemos de considerar que tales mecanismos de asistencia judicial se basan en el principio de la reciprocidad y no del reconocimiento

¹⁹¹ VOGEL, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», *RP*, n. 11, 2003, pp. 138-150. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Política y Derecho Penal en Europa», *RP*, n. 3, 1999, pp. 61-75. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo: una aproximación crítica», *RP*, n. 13, 2004, pp. 138-150. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La unificación del Derecho Penal europeo», *Saberes*, n. 1, 2003, 32 pp. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?: un diálogo con el profesor Silva Sánchez», en ARROYO ZAPATERO, L. A./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 87-106. VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», cit..

¹⁹² PRADEL, J., «Vías para la creación de un espacio judicial europeo único», *RP*, n. 3, 1999, pp. 42-50.

mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, instituyendo un sistema de cooperación horizontal, en el que la vinculación entre los Estados signatarios deriva precisamente del Tratado internacional, en cuya ausencia no existiría una obligación jurídicamente vinculante de cooperar. De los modelos de cooperación de carácter horizontal no deriva un deber de cooperación; las relaciones entre los Estados participantes se basan en el principio de reciprocidad; lo cual hace mucho más difícil reforzar la confianza mutua entre tales Estados y el intercambio de informaciones. Sin embargo, aunque tales documentos internacionales hayan sentado las bases y en cierta medida impulsado el desarrollo de un derecho penal común a todos sus Estados miembros, el punto de inflexión en la construcción de un *ius puniendi* europeo fue determinado por la institución de las Comunidades Europeas.

3.2.2. Primera fase. La cooperación intergubernamental como banco de prueba para un modelo de justicia penal europeo

El alcance y la importancia de un modelo europeo de justicia integrado y basado en la cooperación judicial penal han ido evolucionado en el tiempo¹⁹³. En la primera fase del proceso de integración europea el objetivo principal de los Estados signatarios, de acuerdo con una concepción funcionalista era reforzar el «Mercado Interior», mediante la supresión de controles en las fronteras comunes y el reconocimiento de la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

¹⁹³ Sobre los primeros avances de la UE en materia de cooperación judicial penal se reenvía entre otros a los siguientes estudios: BILANCIA, P., «Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2, 2004, pp. 345-366. ADAM, R., «La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo», *Dir. Un. eur.*, vol. 3, n. 2/3, 1998, pp. 481-509. CHIAVARIO, M., «Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 2005, pp. 974-990. DEN HOLLANDER, O., «Caught Between National and Supranational Values: Limitations to Judicial Cooperation in Criminal Matters as Part of the Area of Freedom, Security and Justice within the European Union», *ICLR*, vol. 10, n. 1, 2008, pp. 51-72.

En esta línea, inicialmente los Tratados constitutivos no hacían referencia a la existencia de una competencia de la Comunidad en materia penal (el derecho penal, sustantivo como procesal, un ámbito reservado a la autonomía procedimental de los Estados)¹⁹⁴, ni en general a un sistema de cooperación judicial que regulara su intervención en el ámbito procesal penal, contribuyendo a la construcción de un espacio de justicia común.

Sin embargo, poco a poco, los Estados miembros de las CE, gracias también al papel desempeñado en dicho ámbito por el Tribunal de Justicia¹⁹⁵,

¹⁹⁴ La Comisión Europea en el Octavo Informe general sobre la actividad de las Comunidades Europeas, de mayo de 1974, afirmó que el Derecho penal no entra en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que pertenece a la jurisdicción de cada Estado miembro.

¹⁹⁵ El Tribunal de Justicia procedió con cautela y tras negar en una primera fase, de acuerdo con la doctrina dominante en aquel momento, la existencia de una competencia penal de la UE, la cual, por lo tanto, correspondía a los Estados miembros, ya en la sentencia *Casati* (TJ, sentencia de 11 de noviembre de 1981, *Casati*, C-203/80, apartado 27), al afirmar que «en principio, la legislación penal y las normas de enjuiciamiento criminal son competencia de los Estados miembros», empieza a entrever un rayo de luz, puesto que dicha formulación no excluía que en un momento determinado se pudiera afirmar lo contrario. Poco después, en la sentencia «*Maíz griego*» (sentencia del TJ de 21 de septiembre de 1989, *Comisión/Grecia*, C-68/88, apartados 24 y 25), el TJ sentó las bases hacia la integración positiva, mediante la previsión de obligaciones y la extensión del principio de equivalencia también al ámbito penal, al establecer que aun cuando el derecho comunitario «no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud del deber general de cooperación leal, establecido en el artículo 10 CE, a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la plena eficacia del Derecho comunitario», con el fin de «procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción». Todo ello, sin embargo, no significaba declarar, ni explícita ni implícitamente que la Comunidad era competente para armonizar las normas penales aplicables en los Estados Miembros, sino que, al contrario, se consideró que la elección de las sanciones corresponde a estos. Poco después, en la sentencia *Maurin* (TJ, sentencia de 13 de junio de 1996, *Maurin*, C-144/95), a pesar de que el TJ siguiera declarando su incompetencia para pronunciarse sobre la eventual vulneración por parte de normas internas de carácter procesal penal del derecho de defensa o del principio de contradicción, quedando estas fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sin embargo no la excluye automáticamente con respecto a otros asuntos con relevancia penal que podrían entrar en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La existencia aunque solo en forma implícita de una competencia comunitaria en el ámbito penal fue deducida por el Tribunal de Justicia a partir de las cuestiones prejudiciales en materia de procedimientos administrativos

que determinó un cambio significativo en la definición de las relaciones entre el derecho comunitario (CE en el ámbito del primer pilar y UE en el ámbito del tercer pilar) y el derecho penal de los Estados miembros hacia la institución de un sistema integrado, empezaron a comprender la necesidad de adoptar un sistema de cooperación judicial en materia penal a fin de hacer de Europa «un espacio de libertad, seguridad y justicia», según la expresión utilizada por primera vez en 1977, durante el Consejo de Bruselas, y dotar de contenido y efectividad los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho.

En esta primera fase a los Estados miembros no les interesaba, ni les parecía concebible que una organización supraestatal de carácter meramente económico pudiera asumir competencias en el ámbito penal, sustrayéndola a los Estados e instituyendo un derecho penal sin Estado. El derecho penal representaba el instrumento más autárquico¹⁹⁶, severo y disuasorio de coacción y control social, cuya titularidad correspondía en forma exclusiva a los Estados

sancionadores ante la Comisión. En tales pronunciamientos se puede observar que el Tribunal de Justicia ha utilizado dos técnicas: por un lado, ha afirmado su incompetencia a pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, asumiendo la posición de los Gobiernos partes en el procedimiento; y por otra parte ha procedido a establecer algunos límites que los Estados tienen que respetar y dentro de los cuales tienen que ejercer su autonomía procesal penal. De ello, se puede también deducir que ante el incumplimiento de dichos parámetros, el TJ sería entonces legitimado a intervenir y a pronunciarse por una violación del derecho comunitario hasta llegar a afirmar, como en la sentencia *Enso Española S. A. contra Comisión* (TJ, sentencia, de 14 de mayo de 1998, *Enso Española, S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*, T-348/94), la existencia de «garantías procesales europeas», reconociendo de tal forma un núcleo europeo mínimo. Sin embargo, solo en la sentencia dictada en el ámbito del asunto C-176/2003 (TJ, sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión/Consejo*, C-176/03), cuya orientación ha sido confirmada por la posterior sentencia relativa al asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea* (TJ, sentencia de 23 de octubre de 2007, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*, C-440/05), se intentó definir el fundamento jurídico de la competencia en materia penal de la Comunidad y el reparto de competencias en dicho ámbito entre el primer y el tercer pilar.

¹⁹⁶ BERNARDI, A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit.. Según el autor: «*Il diritto penale costituisce il ramo del diritto di matrice più spiccatamente "autarchica", nel quale si manifestano le fondamentali scelte di valore espressive dell'identità culturale di ciascun paese, come tali tendenzialmente libere da vincoli "esterni" di matrice inter o sovranazionale*». Sobre el punto, v. p. 2.

nacionales, siendo una prerrogativa inherente al núcleo duro de la soberanía estatal, a la cual los Estados no estaban dispuestos a renunciar.

Solo a partir de la mitad de los años setenta del siglo pasado empezaron a desarrollarse las primeras formas de cooperación en materia de justicia y asuntos interiores¹⁹⁷. Se trataba, en todo caso, de una cooperación informal entre Estados, de naturaleza intergubernamental, externa al marco institucional comunitario y caracterizada por el método diplomático. En esta primera fase la cooperación judicial se desarrolló en términos de coordinación entre Estados para el estudio de materias que, como el terrorismo o la inmigración, afectaban a intereses considerados de particular relevancia para los Estados. A tal efecto, se procedió a la institución de grupos de trabajo de carácter intergubernamental, con la función de examinar sectores parciales de la libre circulación de las personas, como el Grupo de trabajo Trevi, instituido en diciembre de 1975, a propuesta inglesa.

El modelo de cooperación intergubernamental a pesar de sus evidentes carencias, como la falta de transparencia en los procesos decisorios, el consiguiente déficit democrático y la ausencia de un control jurisdiccional, representa la primera fase del largo camino hacia la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia sin fronteras en el que los derechos procesales básicos de las personas sean no solo reconocidos sino también efectivamente tutelados, a través de la elaboración de normas mínimas comunes.

¹⁹⁷ VAREJAO, M., «La cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale», en AA.VV., *Sfera Pubblica e Costituzione Europea*, Carocci, Roma, 2002, pp. 143-187. Entre los Acuerdos de mayor relevancia concluidos en este periodo podemos citar: el Acuerdo de aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio Europeo sobre el traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983; el Convenio de Bruselas, de 25 de mayo de 1987, sobre el principio *ne bis in idem* entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas; el Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, hecho en Donostia, San Sebastián, de 26 de mayo de 1989.

Precisamente en dicho marco empezó a advertirse la exigencia de establecer un modelo de cooperación judicial europeo, encontrando su primera concreción en el Convenio de Schengen, adoptado el 14 de junio de 1985¹⁹⁸. El objetivo principal de los Estados signatarios del Acervo de Schengen¹⁹⁹ era, de acuerdo con la teoría funcionalista, «potenciar», a través de la institución del Mercado Interior, la integración europea y hacer posible, que Europa se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que se logre «la supresión de controles en las fronteras comunes y en la circulación de personas» y se facilite el «transporte y la circulación de mercancías».

El Convenio de Schengen recoge en los Títulos III y IV medidas de asistencia judicial en materia penal, regula el principio del *ne bis in idem*, la extradición, la transmisión de la ejecución de sentencias penales y procede a la institución del sistema de información de Schengen. De esta forma, la Comunidad Europea vinculaba el desarrollo económico, la prosperidad y el bienestar de sus Estados miembros a la configuración de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que se incardina un sistema europeo de cooperación judicial, capaz de asegurar la tutela efectiva de los derechos y libertades, a través del establecimiento progresivo de un marco mínimo común.

En esta línea, el 28 de febrero de 1986, se adoptó el Acta Única Europea²⁰⁰, que, con vistas a la construcción del «mercado interior» y a la promoción de la libre circulación de las personas, procedió a la institucionalización de la cooperación política europea entre los Estados Partes. El Acta Única dio el

¹⁹⁸ Sobre el Acquis de Schengen: v. NASCIBENE, B./PASTORE, M., *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milán, 1995. NASCIBENE, B., *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, en http://www.camera.it/_bicamerale/schengen/convegni/italiasc/nascimb.htm.

¹⁹⁹ El primer Acuerdo de Schengen (SIS I), relativo a la supresión gradual de los controles entre las fronteras comunes, fue firmado el 14 de junio de 1985.

²⁰⁰ El Acta Única Europea entró en vigor el 1 de julio de 1987, V. DOC: L 169, de 29.06.1987.

impulso necesario para acelerar la adopción del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que, firmado el 19 de junio de 1990 (SIS II) y en vigor desde el 26 de marzo de 1995, fue integrado al Derecho de la Unión Europea por el Tratado de Ámsterdam en 1997²⁰¹. El Convenio de Aplicación, cuya naturaleza es programática, establece unas series de objetivos prioritarios y de «medidas a medio y a largo plazo» para la elaboración de un sistema de cooperación permanente, también judicial.

Por todo ello, esta primera etapa del proceso de construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, a pesar de sus imperfecciones, puede ser valorada positivamente: el Acuerdo de Schengen y su Convenio de Aplicación se pueden concebir como un banco de prueba, un «laboratorio», que ha determinado la institución posterior de un modelo de justicia europeo integrado. La supresión de las fronteras es funcional al desarrollo del sentido de pertenencia a la Comunidad. Los ciudadanos de los Estados miembros y los extranjeros legalmente residentes en dicho espacio deben poder circular, beneficiando de una adecuada tutela y de una protección judicial uniforme, gracias a la definición de un marco mínimo común y a un grado más elevado de coordinación y de integración entre los aparatos de control y judiciales de los Estados. Las fronteras dividen, separan, crean intolerancias. Afortunadamente, los Estados han asumido que el desarrollo de una política económica común depende también de un sistema europeo de justicia, que funcione correcta y eficazmente y en el que se hayan eliminado todos los obstáculos a los procedimientos judiciales transfronterizos.

Desde entonces empezó a superarse la tradicional dicotomía entre Derecho penal/Europa, consideradas como dos realidades antinómicas. Todo ello llevó a un replanteamiento del significado y del alcance del *ius puniendi* y de la soberanía estatal en el espacio europeo, que hasta aquel momento se consideraba

²⁰¹ Vid. Preámbulo del Protocolo por el que se integra el Acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

monopolio exclusivo de los EEMM. De tal forma, se pretendía otorgar una protección penal adecuada a bienes e intereses considerados fundamentales o «eurounitariamente orientados»²⁰², «traspasando la noción de Estado-nación y su *ius puniendi*», sin a la vez vulnerar sus principios fundamentales, los cuales son asimismo expresión de la condición de Estado soberano.

3.2.3. Segunda fase. Entre intergubernamentalidad y perspectiva supranacional comunitaria

Sin embargo, el «discurso jurídico penal europeo»²⁰³ tuvo un impulso decisivo solo tras la adopción del Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1º de noviembre de 1993²⁰⁴. El Tratado de Maastricht procede a la institucionalización de la Unión Europea, que integra el tercer pilar, y al reconocimiento del concepto de ciudadanía europea y del respeto de los derechos fundamentales, en cuanto principios generales del Derecho comunitario (art. F, apartado 2 TUE). Tales elementos, que se caracterizan por una fuerte connotación federal han sentando las bases jurídicas y estructurales de un *demos* europeo.

En lo que concierne más específicamente a su incidencia en el ámbito penal, el Tratado de la Unión Europea institucionalizó en el Título VI del Tratado de la UE, bajo la denominación: «Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior», la cooperación

²⁰² La expresión eurounitario fue acuñada por el Prof. RUGGERI en el estudio: RUGGERI, A., «Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative», *federalismi.it*, n. 24, 2009, pp. 1-18. Y posteriormente ha sido utilizada también, entre otros, por CONTI, R., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011; y por BERNARDI, A., «Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3, 2013, pp. 230-241. El mismo artículo ha sido publicado también en *Forum di Quad. cost.*, n. 6, 2013, pp. 1-14.

²⁰³ KÜHL, K., «Europäisierung der Strafrechtswissenschaft», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 109, n. 4, 1997, pp. 777-807.

²⁰⁴ DOC: C 191, de 29.7.1992.

judicial en materia penal y la cooperación policial (apartados 7 y 9 art. K 1), considerándolas entre las materias de «interés común» para la realización de los fines de la Unión y en particular de la libre circulación de personas. De tal forma, se sentaron las líneas fundamentales de la arquitectura de la Unión en pilares²⁰⁵, que permanecerá hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Además, legitimando al Consejo a adoptar actos normativos, como las acciones y las posiciones comunes (que el Tratado de Ámsterdam denominará decisiones marco) y a celebrar convenios en los que se podrá disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencias en los litigios relativos a su aplicación, se otorgaba al tercer pilar un matiz comunitario ya no meramente intergubernamental, enmarcándolo a todos los efectos en el proyecto de construcción europea.

La etapa sucesiva en este proceso es representada por el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, que fue determinante para la evolución del derecho procesal comunitario y el desarrollo de una segunda fase del proceso de integración europea. En el Tratado de Ámsterdam, por primera vez, se adoptó el concepto de «espacio de libertad, seguridad y justicia» y se procedió a la incorporación al marco de la Unión Europea del *Acquis* de Schengen, impulsando la definitiva comunitarización de las materias relativas a

²⁰⁵ ALONSO GARCÍA, R., *Justicia constitucional y Unión Europea, 50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español*, en REVENGA SÁNCHEZ, M./PAJERES MONTOLÍO, E./RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ, J. R. (coords.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, pp. 331-358. El texto recoge los contenidos presentados a las: Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional, de abril de 2005, Lanzarote. Como afirma el autor: la «identificación del segundo y del tercer pilar de la Unión como “intergubernamentales”, sin más, que tuvo su razón de ser con el Tratado de Maastricht, resultó ya matizada por el Tratado de Ámsterdam, que implicó una doble comunitarización del tercer pilar, por aquel entonces dedicado a la “cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior”. Todo ello determinaría por un lado una comunicación consistente en el traspaso de parte del tercer pilar, el concerniente a visados, inmigración asilo, control de fronteras externas e internas, y cooperación judicial en temas civiles, al Tratado de la Comunidad Europea; y por otro, aires de comunitarización, en grado sensiblemente inferior a la operación anterior, consistente en la introducción de algunos rasgos próximos al régimen comunitario en la parte del tercer pilar que allí permaneció como cooperación judicial y policial en materia penal» (p. 344).

la libre circulación de las personas, visados, asilo, inmigración y fronteras, que pasan del tercer al primer pilar comunitario, y la conversión de la cooperación judicial en materia civil en una política sistemática de la UE.

Además, en dicho Tratado, la cooperación judicial en materia penal, regulada en el Título VI, se convierte de un ámbito de interés común a uno de los objetivos principales de UE, al disponer que: «Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal». Asimismo, es importante recordar que, por primera vez, se hace referencia expresa a la necesidad de establecer una «mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust)» y a «La aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31». Este último legitimaba a la UE a llevar a cabo «acciones en común» para la «consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación; prevenir conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros y adoptar progresivamente medidas que establezcan normas mínimas», bajo la forma de decisiones marco²⁰⁶ «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».

Sin embargo, aunque parte de la doctrina empezó a considerar las decisiones marco la base jurídica suficiente para que la Unión pudiera legislar en

²⁰⁶ Art. 34 TUE.

el ámbito penal²⁰⁷, dicha fuente planteaba no pocos problemas puesto que se trataba de actos normativos sin eficacia directa, que requerían para su adopción la unanimidad del Consejo, al cual correspondía la dirección estratégica y el fomento de la cooperación. Además, era opinión consolidada que las disposiciones de una decisión marco que no habían sido incorporadas o habían sido incorporadas incorrectamente al Derecho interno no podían ser aplicadas directamente por el juez nacional, puesto que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), las decisiones marco no tenían efecto directo.

Esta teoría fue transformada tras la histórica sentencia del Tribunal de Justicia pronunciada en el asunto *Pupino*, C-105/03, de 16 de junio de 2005, relativa a la Decisión marco sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, la cual, según IRURZUN MONTORO, F., «constituye un precedente de aproximación legislativa en el ámbito del derecho procesal penal, aunque se refiera al sujeto que ha sufrido el daño de la comisión de un supuesto delictivo y no a la parte pasiva del proceso»²⁰⁸, hacia la progresiva comunitarización del tercer pilar.

Por todo ello, de acuerdo con ALONSO GARCÍA, «Ámsterdam habría convertido» el pilar «concerniente a la cooperación policial y judicial en materia penal en un *tertium genus*, de carácter fuertemente intergubernamental, pero con presencia, al mismo tiempo, de rasgos supranacionales en los instrumentos de intervención y en los mecanismos de control judicial»²⁰⁹, sentando las bases

²⁰⁷ La cuestión relativa a la definición del fundamento o base jurídica (directiva, reglamento o decisiones marco) de la competencia en materia penal de la Comunidad y al reparto de competencias en dicho ámbito entre el primer pilar y el tercer pilar fue aclarada por el TJ en la sentencia dictada en el ámbito del asunto C-176/2003 y luego en la sentencia relativa al asunto C-440/05. Sobre tales sentencias se reenvía al epígrafe 1.2. del Capítulo 2, Parte II.

²⁰⁸ IRURZUN MONTORO, F., «La negociación de la Decisión Marco sobre garantías procesales en el Consejo de la Unión Europea», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea.*, cit., pp. 25-45. En particular, sobre esta cuestión, v. p. 37.

²⁰⁹ ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 345.

jurídicas para el progresivo desarrollo de un espacio judicial de naturaleza penal y alcance europeo armonizado.

Poco después de la adopción del Tratado de Ámsterdam, se celebró el Consejo extraordinario, que tuvo lugar en Tampere²¹⁰, los días 15 y 16 de octubre de 1999²¹¹, el cual constituyó un momento muy importante, de fuerte implicación y compromiso político. En Tampere empezó a desarrollarse y llenarse de contenido el concepto de espacio judicial europeo, convirtiéndose en uno de sus logros principales. Con el fin de alcanzar tales objetivos, los Estados de la Unión traspusieron al ámbito de la cooperación judicial penal la «fórmula mágica» del principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y de las otras resoluciones judiciales, que se convirtió en «la piedra angular de la cooperación judicial» en la Unión, tanto en materia civil, como penal²¹².

El principio del reconocimiento mutuo se asienta sobre un fundamento: la reciproca confianza entre los Estados miembros en cuanto a que, sin perjuicio de la mayor o menor conveniencia de aproximar los sistemas punitivos nacionales, en su doble dimensión sustantiva y procesal, las diversas normativas internas relativas al conjunto de garantías y recursos jurisdiccionales a los que el individuo puede acudir deben ser consideradas equivalentes de cara a satisfacer los preeminentes valores e intereses jurídicos en juego. De tal forma, se pone de relieve la necesidad de adoptar normas mínimas²¹³, que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica, así como de normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de los litigios transfronterizos en toda la Unión.

Tales objetivos fueron reiterados tanto en el Programa de medidas (del Consejo y de la Comisión) destinado a poner en práctica el principio del

²¹⁰ Vid. El Programa de Tampere: Hacia una Unión de libertad, seguridad y justicia, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

²¹¹ Sobre el principio del reconocimiento mutuo, se reenvía a la Segunda Parte de este trabajo, en la que se analizarán las distintas técnicas de integración.

²¹² Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, apartado 33.

²¹³ *Ibidem*, apartado 37.

reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (2001), así como en el Programa de la Haya²¹⁴. Poco después, en dicho marco, se adoptó 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 miembros²¹⁵, que es el primer instrumento de concreción y aplicación del principio del reconocimiento mutuo.

Estas medidas reabrieron el debate en torno a la oportunidad jurídica y política de armonizar los derechos y garantías procesales de los sospechosos, procesados, acusados o condenados por delitos en la Unión Europea, a través de la elaboración de normas mínimas comunes a los Estados miembros, que desembocó en la adopción del Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (2001)²¹⁶, del Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en los procesos penales en la Unión europea (2003)²¹⁷ y, poco después, de la

²¹⁴ El Programa de medidas del Consejo y de la Comisión (DO C 12.15.1.2001) se proponía reforzar la cooperación entre los Estados miembros, así como la protección de los derechos de las personas. Y el Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo, para el periodo 2006-2009 (DOC: 53, 3.3.2005), que celebra «los logros de Tampere», establece el marco, los principales objetivos estratégicos y las orientaciones más generales, respecto, por ejemplo, a la protección de los derechos fundamentales, como más específicas, haciendo hincapié en la necesidad de instituir y consolidar todo aspecto que afecte a la libertad, a la seguridad, a la justicia y a las relaciones exteriores. Entre tales objetivos se menciona la institución de una «Justicia civil y penal: garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos y la ejecución de sentencias».

²¹⁵ Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI).

²¹⁶ DELMAS-MARTY, M., «Osservatorio internazionale. Il Corpus Juris delle norme penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea», *Quest.giust.*, n. 1, 2000, pp. 164-173. BERNARDI, A., «Corpus juris e formazione di un diritto penale europeo», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, vol. 11, n. 2, 2001, pp. 283-303. BARGIS, M., «Le disposizioni processuali del Corpus juris 2000», en BARGIS, M./NOSENGO, S. (coords.), *Corpus juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 133-181.

²¹⁷ Libro Verde de la Comisión, de 19 de febrero de 2003, sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, COM (2003) 0075. En el Libro Verde se ha pretendido analizar «cuáles han de ser dichas normas comunes», su alcance y ámbito de aplicación. La adopción de un marco normativo mínimo común al respecto responde a la necesidad de consolidar la confianza mutua en los sistemas judiciales

Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea²¹⁸.

Esta última, aunque adoptada por la Comisión Europea, el 28 de abril de 2004, y presentada al Consejo el 3 de mayo de 2005, representa el primer intento de establecer normas mínimas comunes en dicho ámbito. Sin embargo, el escepticismo todavía imperante, la falta de acuerdo entre los Estados miembros y la crisis que siguió al fracaso del Tratado constitucional, obligaron al Consejo a abandonar las negociaciones. En particular, en la propuesta de Decisión marco se hacen evidentes «gran parte de los conflictos y realidades del pasado y presente de la construcción europea», como «la tensión entre reconocimiento

de los Estados Miembros, puesto que la «fe en las garantías procesales y la imparcialidad de los procesos sirve para reforzar dicha confianza». La Comisión llegó a la siguiente conclusión: la noción de «derechos del Juicio imparcial» está integrada por un conjunto de derechos, todos importantes, pero dentro de estos hay algunos «tan fundamentales» y «básicos» para el correcto desenvolvimiento del proceso que es necesario que adquieran una posición prioritaria. De tal forma, la Comisión no pretendía «crear nuevos derechos» sino más bien determinar cuáles se pudieran «considerar básicos» e «impulsar su visibilidad». Entre tales derechos, la Comisión consideró el derecho al asesoramiento y a la asistencia por abogado, la base de los demás, un derecho esencial para que el inculpado pueda conocer sus derechos y de ahí defenderse. A continuación, se consideró vinculado íntimamente al primero el derecho del sospechoso o acusado a comprender de que se le acusa y la naturaleza del proceso en una lengua que entienda y en la que pueda expresarse adecuadamente. En el caso de que esto no sea posible se le deberá facilitar un intérprete y traductor cualificado. Se acogió muy bien la propuesta de una «carta de derechos» en la que se indiquen los derechos que corresponden al justiciable por escrito y en una lengua que entienda y se intentó abarcar el tema de los grupos especialmente vulnerables, categoría esta de difícil configuración y delimitación. Por último, se incluyó, entre los derechos básicos, el derecho a la protección consular en el caso de los extranjeros como «corolario de los restantes derechos de los no nacionales que propone».

²¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 28.4.2004, COM (2004), 328 final 2004/0113 (CNS), Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea (presentada por la Comisión) {SEC (2004) 491} (apartado 29). También con respecto a la tramitación parlamentaria se recomienda la consulta de los siguientes documentos: La posición del Parlamento, de 12 de abril de 2005, DO C 33 E de 9.2.2006; la Recomendación al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea, de 9 de marzo de 2004, DO C 102 E de 28.4.2004 y el Documento de Trabajo sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, COM (2004) 0328 - C6-0071/2004 - 2004/0113(CNS), de 12 de noviembre de 2004, elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, ponente: Kathalijne María Buitenweg.

mutuo y aproximación o armonización legislativa»²¹⁹, el requisito de la unanimidad, que desde el principio ha obstaculizado su adopción y también la dificultad de superar las profundas diferencias sustanciales y procesales entre los complejos sistemas judiciales de una Europa ampliada y muy heterogénea en su interior²²⁰.

Las instituciones de la UE se habían dado cuenta de que los estándares establecidos por el CEDH, aunque fundamentales, por sí solos ya no eran suficientes, se necesitaba una acción común a nivel de la UE. A este propósito, en la propuesta se afirma que: «Todos los Estados miembros son parte en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH), sin embargo, la experiencia ha mostrado que, a pesar de lo necesario que es, no siempre se confía lo suficiente en los sistemas judiciales penales de otros Estados miembros, aun siendo todos signatarios del CEDH»²²¹.

Dicha propuesta contó con el apoyo del Parlamento y de la Comisión²²², según los cuales: «Las garantías procesales comunes no solo aumentarán la confianza en los sistemas judiciales de los demás países de la Unión, sino también la eficiencia de la cooperación judicial entre los Estados miembros».

²¹⁹ IRURZUN MONTORO, F., *op. cit.*, p. 26.

²²⁰ Sobre la propuesta de decisión marco, vid. también los siguientes estudios: GARCÍA ROCA, F. J., «La propuesta de Decisión Marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado Constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea...*, cit., pp. 47-66. VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea», *La Ley*, n. 4, 2006, pp. 1740-1746. ID., «Adaptación de la propuesta de decisión marco sobre garantías procesales al ordenamiento jurídico español», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales...*, cit., pp. 170-179.

²²¹ Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, cit., apartado 29.

²²² El 11 de junio de 2004 se consultó al Parlamento Europeo respecto de la propuesta de una Decisión marco del Consejo sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea. A este propósito, vid. el Documento de Trabajo sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, COM (2004) 0328 - C6-0071/2004 - 2004/0113(CNS), de 12 de noviembre de 2004, elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, ponente: Kathalijne María Buitenweg.

Todo ello permitirá a «los ciudadanos, especialmente los acusados de delitos, saber cuál es su situación», aunque «queda aún mucho por hacer»²²³.

En cambio, el Consejo de Europa veía con recelo la adopción de una Decisión marco sobre algunos derechos procesales a nivel europeo²²⁴. Por un lado, reconocía plenamente la importancia de dotar a los derechos procesales de «estándares mínimos comunes» como «precondición necesaria para el refuerzo de la confianza mutua en los sistemas legales de los Estados miembros de la Unión. El CEDH y sus Protocolos, se afirma, contienen garantías importantes al respecto.

Pero por otra parte, no compartía plenamente el contenido de la propuesta, afirmando la necesidad de una mayor coherencia y convergencia de la propuesta con el CEDH²²⁵. Según el Consejo de Europa, en un sistema de protección de los derechos fundamentales multinivel es posible que los jueces nacionales se encuentren ante tres o cuatro fuentes diferentes a aplicar, cuyos estándares de protección, terminologías y calificaciones sean entre ellas distintas. Todo ello podría generar confusión e inseguridad jurídica. Por eso, se recomendaba una alta precisión a la hora de fijar normativamente el significado y el alcance de las palabras contenidas en la propuesta, a fin de poderlas comparar exactamente con las previsiones correspondientes contenidas en el CEDH, el cual debería seguir

²²³ El Parlamento resaltó la «importancia de la interpretación de las normas mínimas de la UE a la luz de la progresiva jurisprudencia del TEDH, con el fin de evitar la rápida obsolescencia de dichas normas y la reducción del grado de protección de derechos por el TEDH». También propuso algunas mejoras al texto de la propuesta para reducir la confusión y las diferencias de interpretación entre los Estados, por ejemplo, aclarando de forma expresa el alcance y significado de algunos conceptos y garantías muy importantes como el de ‘sospechoso’, ‘acusado’, ‘proceso penal’, ‘atención específica’, ‘abogado’, ‘estado anfitrión’ así como la modificación de disposiciones, para aclarar su alcance como en el caso del art. 2.1 cuando se refiere a ‘lo antes posible’.

²²⁴ Véase el documento del Consejo de Europa: «*Observations by the Council of Europe Secretaria on the proposal for a EU Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union*», Estrasburgo, 9.10.2006.

²²⁵ *Ibidem*, p. 8.

siendo el principal punto de referencia en la elaboración de tales estándares mínimos comunes.

Dicho proyecto, aunque aparcado por las razones expuestas poco antes, se volvió a reconsiderar una vez superada la crisis que afectó a la UE tras el fracaso del Tratado Constitucional y la reapertura de las negociaciones para la adopción del Tratado de Lisboa²²⁶. Por su parte, el Tratado Constitucional²²⁷, que tras los referéndums de Francia y Holanda (2005), no pudo entrar finalmente en vigor, preveía algunas disposiciones destinadas a incidir de forma sustancial en la estructura del derecho penal y que, por su importancia, fueron sucesivamente incorporadas, como se verá, al Tratado de Lisboa.

Entre los aspectos más importantes en materia de protección de los derechos fundamentales, que el Tratado por el que se establece una Constitución europea contenía, es importante hacer referencia a la incorporación de la Carta de los derechos fundamentales, que en el Título VI en materia de justicia recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. II-107), la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (art. II-108), la previsión de la supresión de los pilares comunitarios con la consiguiente comunitarización del tercer pilar relativo a la cooperación en materia penal (art. III, 257, sección IV dedicada a la cooperación en materia penal, en particular el art. III 270), que

²²⁶ Sin embargo la importancia de adoptar normas mínimas comunes de carácter procesal penal se reconsideró ya en el seno de la CIG, que tenía el mandato de adoptar un Tratado de modificación de los Tratados anteriores. En dicha sede se estimó prioritario el seguimiento de «los trabajos sobre los derechos procesales en los procesos penales, para ayudar a crear una mayor confianza en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros y facilitar así el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales» porque «La protección de los derechos del ciudadano es tan esencial para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia como el velar por la protección de los ciudadanos de Europa».

²²⁷ BERNARDI, A., «Europeizzazione del diritto penale e progetto di costituzione europea», *Dir. pen. e processo*, vol. 10, n. 1, 2004, pp. 5-12. DE MIGUEL ZARAGOZA, J. A., «Cooperación judicial penal en la Constitución Europea», *BIMJ*, año 58, n. 1975, 2004, pp. 3523-3536. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», *La Ley*, n. 4, 2004, pp. 1606-1615. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?», en SILVA SÁNCHEZ, J. M./ROBLES PLANAS, R. (dirs.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 153-208.

legítima a la UE a establecer normas mínimas comunes sobre los derechos de las personas en el proceso penal, la institucionalización del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal²²⁸ y la extensión de la competencia del TJUE para resolver en vía prejudicial las cuestiones que afectan al ELSJ en su conjunto (Subsección V, art. 369).

Por todo ello, a pesar de su no entrada en vigor, el Tratado Constitucional representa la manifestación de la toma de conciencia por parte de los Estados de la necesidad de «comunitarizar» el tercer pilar, dotando, de tal forma, al sistema de cooperación judicial en materia penal y policial de la Unión Europea de bases jurídicas más sólidas y de una estrategia de acción conjunta para la adopción de mecanismos y estándares mínimos uniformes de protección de los derechos fundamentales del justiciable²²⁹.

²²⁸ Al contrario que el sistema de fuentes finalmente adoptado por el Tratado de Lisboa, el Tratado constitucional sustituía las posiciones comunes, decisiones, decisiones marco, convenios, por las leyes y las leyes marco. En particular, en lo que concierne a la adopción de actos normativos que afectan a los derechos procesales de carácter penal, su art. 270.2 dispone que: «En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; los derechos de las personas durante el procedimiento penal; los derechos de las víctimas de los delitos; otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión europea. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas».

²²⁹ Respecto de los efectos de la no adopción del Tratado Constitucional sobre el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se recomienda la lectura de los siguientes estudios: CARRERA, S./GUILD, E., «No Constitutional Treaty? Implications for the Area of Freedom, Security and Justice», en BALZACQ, T./CARRERA, S. (eds.), *Security versus Freedom. A Challenge for Future's Europe*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 223-240. CARRERA, S./GEYER, F., «The Reform Treaty and Justice and Home Affairs – Implications for the common Area of Freedom, Security and Justice», *CEPS*, n. 141, 2007, pp. 1-12. BACIGALUPO SAGGESE, M., «El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: una visión de conjunto», en GARRIDO MAYOL, V./GARCÍA COUSO, S./ÁLVAREZ CONDE, E. (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1017-1040. RUÍZ-JARABO COLOMER, D., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en

La experiencia, que se concluyó negativamente, del Tratado Constitucional determinó la apertura de un periodo de crisis en el seno de la Unión Europea. Solo durante el Consejo Europeo de Bruselas, de 21 y 22 de junio de 2007, «tras dos años de incertidumbre», que han conducido a un «periodo de reflexión»²³⁰, los Estados de la UE volvieron a impulsar el proceso de reforma de los Tratados, afirmando decididos que la «rápida resolución de esta cuestión constituye una prioridad»²³¹.

Por lo tanto, con el fin de favorecer el proceso de construcción europeo, en dicha sede, se acordó convocar una Conferencia Intergubernamental de carácter técnico que procediera a adoptar en tiempos rápidos un proyecto de texto de Tratado, elaborado, de acuerdo con el procedimiento de modificación, por la Presidencia. En el seno de la CIG, que tenía el mandato de adoptar un Tratado de modificación de los Tratados anteriores, también se volvió a reconsiderar como prioritario el seguimiento de «los trabajos sobre los derechos procesales en los procesos penales, para ayudar a crear una mayor confianza en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros y facilitar así el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales» porque «La protección de los derechos del ciudadano es tan esencial para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia como el velar por la protección de los ciudadanos de Europa».

Los Estados de la Unión se habían concienciado finalmente de que el grado de cumplimiento de los objetivos en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal no había alcanzado las expectativas, quedándose en un nivel bastante bajo, por los bloqueos políticos, los retrasos y, por supuesto, por el

GARRIDO MAYOL, V./GARCÍA COUSO, S./ÁLVAREZ CONDE, E. (coords.), *op. cit.*, pp. 983-1016.

²³⁰ Consejo Europeo de Bruselas, Conclusiones de la Presidencia, 21 y 22 de junio de 2007, apartado 8.

²³¹ *Ibíd.*, apartado 9. Al respecto, vid.: BALAGUER CALLEJÓN, F., “La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa”, *ReDCE*, n. 8, 2007, pp. 11-42.

escepticismo que desde siempre ha caracterizado el desarrollo de este ámbito, y que la protección de algunos derechos como los relativos a un juicio imparcial, entre otros, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, los derechos de las víctimas de delitos, el principio del *ne bis in idem* y las salvaguardias procesales mínimas en el supuesto de la detención preventiva, sobre todo en los procesos penales, es fundamental para que Europa siga en el proceso de integración y constitucionalización²³².

En esta línea, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y durante la Presidencia sueca, el Consejo adoptó, el 30 de noviembre de 2009, el plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales celebrados en la Unión Europea²³³, que fue incorporado poco después al «Programa de Estocolmo, para el periodo 2010-2014: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», adoptado en el ámbito del Consejo Europeo, que tuvo lugar los días 10 y 11 de diciembre de 2009²³⁴. En esta Resolución sobre un plan de trabajo²³⁵, el Consejo exhorta a los Estados

²³² Al respecto, vid. el Informe de la Comisión, de 2 de julio de 2008, sobre la ejecución del programa de La Haya en 2007 (COM (2008) 0373), en particular el punto 27.

²³³ DO C 295 de 4.12.2009, p. 1.

²³⁴ Al respecto, el considerando n. 10 del Plan de Trabajo afirma que: «Los debates que han tenido lugar en los últimos años sobre los derechos procesales en el contexto de la Unión Europea no han conducido a resultados concretos. No obstante, en el ámbito de la cooperación judicial y policial se han realizado grandes progresos en lo que se refiere a las medidas encaminadas a facilitar el enjuiciamiento. Ha llegado ahora el momento de actuar para conseguir un mayor equilibrio entre estas medidas y la protección de los derechos procesales de cada persona. Deben llevarse a cabo esfuerzos para reforzar las garantías procesales y el respeto del Estado de Derecho en el marco de los procesos penales, independientemente del lugar al que los ciudadanos hayan decidido viajar o en el que deseen estudiar, trabajar o vivir, dentro de la Unión Europea».

²³⁵ Sobre el plan de trabajo, vid. GARRIDO CARRILLO, F.J./FAGGIANI, V., «El plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales y el programa de Estocolmo: Hacia una Europa de la Ley y de los Derechos Fundamentales en el ELSJ», pp. 1-14. Comunicación presentada en el ámbito del Congreso sobre la convergencia entre los procesos civil y penal, ¿Una buena dirección? Análisis comparado, Girona, 30 y 31 de enero de 2012. Disponible on line en la siguiente dirección: http://ceapj.udg.edu/administrator/components/com_sem/documents/1340227698_es.pdf.

GARRIDO CARRILLO, F.J./FAGGIANI, V., «La armonización de los derechos procesales en la UE», *RGDC*, n. 16, 2013, pp. 1-40. También hablan del plan de trabajo, entre otros: JIMENO BULNES, M., «Towards common standards on rights of suspected and accused persons in

miembros de la Unión a «llevar a cabo una actuación a escala europea», mediante la adopción de medidas legislativas, así como de otra índole, específicas, para «reforzar los derechos de los sospechosos y acusados en el marco de los procesos penales» celebrados en la UE.

El Plan de trabajo se propone alcanzar el equilibrio entre estas medidas y la protección de los derechos procesales de los individuos. Con este objeto, era necesario que la Unión junto con los Estados miembros se esforzara «para reforzar las garantías del procedimiento y el respeto del Estado de Derecho en el marco de los procesos penales»²³⁶ en todo el territorio de la UE. En la elaboración, aplicación e interpretación de tales estándares, el CEDH y sus Protocolos tenían que ser los referentes principales a tomar en consideración. Sus disposiciones «constituyen la base común para la protección de los derechos de sospechosos o acusados en los procesos penales». Este es el camino para dar forma y contenido al principio del reconocimiento mutuo y para que cada Estado miembro tenga y refuerce su confianza en los sistemas de justicia penal de los demás Estados. Sin embargo, el CEDH por sí solo no es suficiente para garantizar una protección adecuada de los derechos fundamentales sino que debe de acompañarse de un conjunto de normas adoptadas en el seno de la Unión Europea «destinadas a proteger los derechos procesales»²³⁷ y garantizar su correcta ejecución y aplicación en los Estados miembros de la UE .

Por su intrínseca complejidad dicho proyecto requería un desarrollo «gradual» y «coherente»²³⁸ con los estándares mínimos establecidos en el CEDH, tal como interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y

criminal proceedings in the EU), *CEPS*, 2010, pp. 1-20. RAFARACI, T., «The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters», en RUGGERI, S. (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2013, pp. 331-343 (sobre el plan de trabajo, en particular, vid. pp. 333-336).

²³⁶ Considerando n. 10, plan de trabajo sobre los derechos procesales.

²³⁷ *Ibidem*, considerando n. 8.

²³⁸ *Ibidem*, considerando n. 11.

«no exhaustivo»²³⁹. Además se preveía la posibilidad de considerar también todos los demás derechos de naturaleza procesal fundamentales, que no se habían incluido en el plan de trabajo. El Plan de trabajo otorga carácter prioritario a la adopción de medidas legislativas para favorecer el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de los justiciables, dando de tal forma concreción y aplicación al principio del reconocimiento mutuo y a la aproximación de las normas mínimas relativas a los aspectos del procedimiento penal. Según el plan de trabajo, al justiciable se le debería, como mínimo, garantizar el derecho a comprender la naturaleza y la causa de la acusación en una lengua que entienda y en la que pueda expresarse y a un intérprete y traductor, cuando el sospechoso no hable o no entienda adecuadamente el idioma del proceso, prestando una atención especial a las necesidades de los sospechosos o acusados con particulares limitaciones auditivas. Asimismo, una persona sospechosa o acusada deberá ser informada por escrito, por ejemplo, mediante una «carta de derechos», o verbalmente, de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, así como de la naturaleza y causa de la acusación a fin poder preparar efectivamente su defensa, siempre y cuando no se perjudique el buen desarrollo del proceso penal, y deberá poder contar lo antes posible con la asistencia de un abogado, que deberá ser gratuita cuando lo requieran las condiciones económicas del asistido. Otro derecho considerado fundamental es el derecho a comunicarse con los familiares, el empleador y las autoridades consulares. Y por último, se hacía hincapié en la necesidad de establecer salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean especialmente vulnerables cuando no puedan comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso, por ejemplo, por razones de edad o debido a su condición mental o física.

De acuerdo con lo dispuesto en el «plan de trabajo», se han adoptado los siguientes actos: la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del

²³⁹ *Ibíd.*, considerando n. 12.

Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²⁴⁰, el Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, de 14 de junio de 2011²⁴¹, la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales²⁴² y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento 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 libertad²⁴³.

²⁴⁰ 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, DOUE L 280/1, 26.10.2010.

²⁴¹ Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, 14.6.2011, COM (2011) 327 final.

²⁴² Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, DOUE L 142/01, 1.6.2012.

²⁴³ 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, DOUE L 294/1, 6.11.2013. Además, sobre la base de tales «actos pioneros», en noviembre de 2013, la Comisión Europea, convencida de la necesidad de avanzar en el programa de garantías procesales y reforzar las bases para la construcción del EELSJ, porque *justice must not only be done, but be seen to be done* ha adoptado un nuevo paquete, que incluye 5 medidas, entre las que se encuentran tres propuestas de Directiva, respectivamente: sobre el refuerzo de determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en los procesos penales, las garantías especiales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, y la asistencia jurídica gratuita provisional para los sospechosos o acusados privados de libertad y en el procedimiento de la orden de detención europea. Además completan este cuadro dos Recomendaciones de la Comisión sobre: garantías procesales de las personas vulnerables sospechosas o acusadas en los procesos penales y sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los sospechosos o acusados en los procesos penales. Vid. COMISIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones: Avanzar en el programa de garantías procesales de los sospechosos o acusados de la Unión Europea – Fortalecer las bases del espacio europeo de justicia penal, Bruselas, 27.11.2013, COM (2013) 820 final. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales COM(2013) 821 final - 2013/0407 (COD), la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo

Y por último, durante el Consejo Europeo que se celebró en Ypres los días 26 y 27 de junio de 2014²⁴⁴, se definieron las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa para los próximos años en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta agenda estratégica de prioridades clave que sustituirá al Programa de Estocolmo, que finalizó el 1º de diciembre de 2014, sin embargo, en lo que concierne a la protección de los derechos procesales en los procesos penales en la UE, se limita a reiterar la necesidad de «continuar los esfuerzos para reforzar los derechos de los inculpados y los sospechosos en los procedimientos penales» y la necesidad de «reforzar la protección de la víctima».

La adopción, aunque a pequeños pasos, de todas las medidas mencionadas representa la señal tangible e inequívoca de que la UE ha tomado finalmente conciencia de la necesidad y de la oportunidad de llevar a cabo una acción legislativa desde un nivel de tutela supranacional, trascendente a los ordenamientos jurídicos nacionales en tiempos rápidos, mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial eficientes, el refuerzo del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones en el ámbito europeo.

3.2.4. Tercera fase. El Tratado de Lisboa

3.2.4.1. Elementos materialmente constitucionales en materia de Justicia penal

y del Consejo relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales COM (2013) 822 final - 2013/0408 (COD), la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea COM (2013) 824 final - 2013/0409 (COD). Al respecto, vid. también vid.: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, SOC/498, Paquete sobre derechos procesales, Bruselas, 14.03.2014.

²⁴⁴ Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, de 26 y 27 de junio de 2014.

Finalmente, en la tercera fase del proceso de integración europea y, en especial modo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE adquirió conciencia de la necesidad de consolidar una «cultura penal europea», en virtud de la existencia de principios generales compartidos, fruto de las tradiciones constitucionales comunes a sus Estados miembros y de la centralidad de los derechos fundamentales que la UE confiere a los particulares, manifestando expresamente su intención de dotarse de un propio modelo de justicia de carácter penal. Este constituye el elemento clave y determinante para avanzar en el proceso de integración y de constitucionalización de la UE.

En este sentido, en el Tratado de Lisboa se pueden individualizar algunos elementos o índices de la dimensión constitucional de la UE, expresión de una identidad europea consolidada, los cuales contribuyen a legitimar la existencia de un derecho penal europeo, dando más estabilidad a su carácter federalizante²⁴⁵. Tales elementos ofrecen a la UE un plus añadido en el ámbito penal, tanto sustantivo como procesal. Entre los «indicios de constitucionalización» o elementos «materialmente constitucionales»²⁴⁶, contenidos en el Tratado de Lisboa, por su carácter necesario e ineludible y que afectan directamente al ámbito de Justicia de la UE, se pueden incluir: la incorporación sustancial de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, la previsión de la adhesión de la UE al CEDH y la «comunitarización» de la

²⁴⁵ GÓMEZ JARA DÍEZ, C., «¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?: un diálogo con el profesor Silva Sánchez», en ARROYO ZAPATERO, L. A./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coords.), cit.. Al respecto, el autor individualiza los criterios que guían la europeización: la federalización de la ley penal, la protección de intereses intrínsecamente europeos/federales, la lucha contra la delincuencia grave transfronteriza.

²⁴⁶ Sobre este punto, vid. FAGGIANI, V., «¿Hacia la “constitucionalización” de un espacio europeo de justicia penal?: aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa», *UD/ED*, vol. 60, n. 2, 2012, pp. 239-262. Los elementos materialmente constitucionales contenidos en el Tratado de Lisboa serán objeto de un mayor desarrollo en la Segunda Parte de este trabajo de investigación dedicado a las «técnicas de integración» en materia penal, utilizadas por la UE para desarrollar un derecho penal común.

cooperación judicial en materia penal, que antes pertenecía al tercer pilar. De la operatividad de tales «elementos» depende la creación de un Espacio de Justicia en el que se garantiza de forma plena y efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y, de camino, la concreción del proceso de «constitucionalización» de la UE.

En particular, con respecto a las aportaciones del Tratado de Lisboa a la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁴⁷ y a su modelo de cooperación judicial, regulado en el Título V del TFUE²⁴⁸, resalta la definitiva «comunitarización» del tercer pilar de cooperación judicial en materia penal, mediante la supresión formal de los pilares comunitarios, que hasta aquel momento habían definido la estructura arquitectónica de la UE²⁴⁹.

La «comunitarización» del tercer pilar ha tenido consecuencias importantes en el proceso de integración europea, comportando la extensión a tal ámbito del «método comunitario», es decir del procedimiento legislativo ordinario llevado a cabo por el Parlamento y el Consejo (compuesto por los Jefes de Estado y de

²⁴⁷ En confirmación de todo ello, el Tratado de Lisboa dispone en el art. 3 TUE 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, junto con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración, de prevención y lucha contra la delincuencia» a fin de asegurar un nivel elevado de seguridad. Al respecto, vid. también el art. 67 TFUE.

²⁴⁸ El Título V del TFUE se estructura en los siguientes capítulos: Capítulo 1: Disposiciones generales (arts. 67-76 TFUE); Capítulo 2: Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (arts. 77-80 TFUE); Capítulo 3: Cooperación judicial en materia civil (art. 81 TFUE); Capítulo 4: Cooperación judicial en materia penal (arts. 82-86 TFUE); Capítulo 5: Cooperación policial (87-89 TFUE).

²⁴⁹ APRILE, E./SPIEZIA, F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Wolters Kluwer, Milán, 2009. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit.. ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010. GARCÍA RIVAS, N., «La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa», *RGDP*, n. 14, 2010, pp. 1-25. NIETO MARTÍN, A., «Modelos de organización judicial en el derecho penal europeo», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 149-182. ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, pp. 269-301.

Gobierno de los Estados miembros), y de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ahora podrá pronunciarse en vía prejudicial con carácter general y obligatorio sobre las materias relativas al ELSJ en su conjunto. De tal forma, se ha puesto fin a la denominada «batalla entre los pilares»²⁵⁰, atribuyendo una competencia autónoma y expresa a la UE en materia penal, se ha procedido a la institucionalización del principio del reconocimiento mutuo, que constituye el pilar de la cooperación judicial, y se ha reforzado el papel del TJUE y la importancia del reenvío prejudicial como principal instrumento de cooperación y diálogo entre el TJUE y los jueces nacionales, contribuyendo a la construcción de un verdadero Espacio Judicial Europeo, que ya no se rige por las lógicas y los mecanismos meramente intergubernamentales. Y no hemos de olvidar la incidencia que tendrá en el refuerzo de los mecanismos de cooperación judicial en materia penal y en la protección de los derechos fundamentales la incorporación sustancial al Tratado de Lisboa de la Carta de los derechos fundamentales de la UE y la previsión de la futura adhesión de la UE al CEDH (art. 6.2 TUE).

3.2.4.2. Elementos institucionales de la constitucionalización del derecho procesal penal europeo

Una de las más importantes aportaciones del Tratado de Lisboa, que afectan al ámbito de la justicia penal y, en forma específica, a los derechos de los justiciables es representada por el reconocimiento de una «base jurídica explícita», que legitima a la UE para adoptar, acudiendo al procedimiento

²⁵⁰ Sobre la «batalla entre los pilares»: WASMEIER, M./THWAITES, N., «*The battle of the pillars: does the European Community have the power to approximate national criminal laws*», *ELR*, vol. 29, 2004, pp. 613-635. Al respecto véase también: SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *REEI*, n. 14, 2007. MUNARI, F./AMALFITANO, C., «Il “terzo pilastro” dell’Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive», *Dir. Un. eur.*, n. 4, Giuffré, Milán, 2007, pp. 773-809. CONDINANZI, M., «Fonti del “terzo pilastro” dell’Unione Europea e ruolo della Corte Costituzionale», *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2007, pp. 513-539.

legislativo ordinario, normas mínimas comunes en tal ámbito, bajo la forma de directivas. El reparto de competencias en materia penal, establecido por el Tratado de Lisboa, no pone en discusión el papel de los Estados miembros, que siguen ostentando competencia en dicho ámbito, aunque estos admiten que su potestad decisoria pueda ser constitucionalmente delimitada, cuando sea necesario para contribuir a mejorar los sistemas de justicia nacionales y la cooperación entre ellos en el marco de un sistema judicial integrado. Por lo tanto, se reconoce que la construcción de un espacio de justicia penal, por la importancia, la complejidad y el carácter constitucionalmente sensible de los objetivos a perseguir y de los intereses en juego²⁵¹, requiere una intervención

²⁵¹ En la sentencia *Lissabon Urteil* del *Bundesverfassungsgericht*, de 30 de junio de 2009, se consideran las decisiones sobre el derecho penal sustantivo y procesal como «sectores» constitucionalmente sensibles, por pertenecer al contenido esencial de la soberanía estatal, a la esfera de autodeterminación propia de un Estado constitucional (apartado 252 de la sentencia), en relación con las especificidades propias del sistema penal interno. En particular el Prof. CANTARO, sobre este punto hace notar que: «Los Estados miembros —dice el Tribunal— deben conservar un «espacio suficiente» para el desarrollo de políticas nacionales propias. Sin embargo, un «espacio suficiente» no significa —resaltan las lecturas «minimalistas» de la sentencia «Lissabon»— un espacio exclusivo. Queda un espacio amplio para las competencias concurrentes de la Unión también en las áreas tradicionalmente relacionadas con la soberanía del Estado, especialmente si se ponen en juego los aspectos transfronterizos: es lógico, razonable y responde a la relevancia creciente que el principio de subsidiariedad ha asumido en el mismo Derecho de la Unión. En cambio, mi impresión es que, también en este supuesto, la reivindicación de «espacios suficientes» para las intervenciones de los Estados miembros tenga en la sentencia «Lissabon» su principal fundamento de legitimación no tanto en el principio de subsidiariedad, de acuerdo con el Derecho europeo, como en la nueva centralidad que el Tribunal ha atribuido a la soberanía y a la identidad constitucional, de acuerdo con la Ley fundamental» (Cfr., pp. 150-151). Al respecto, vid. CANTARO, A. (trad. por FAGGIANI, V.), «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”». La integración “protegida”, *ReDCE*, n. 13, 2010, pp. 121-164. Sobre la *Lissabon Urteil* en el proceso de integración europea, vid. en particular los siguientes comentarios: HÄBERLE, P. (trad. del alemán por BALAGUER CALLEJÓN, F.), «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht II” anquilosada», *ReDCE*, año 6, n. 12, 2009, pp. 397-429. BÖSE, M., «La sentencia del Tribunal constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa y su significado para la europeización del derecho penal», *RGDP*, n. 14, 2010, pp. 1-33. TOSATO, G. L., «L’integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito de la reciente “Lissabon Urteil”», *www.astrid-online.it*, n. 28, 2009, pp. 1-11. FLICK, G. M., «A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?», *www.astrid-online.it*, n. 28, 2009, pp. 1-4.

desde el nivel de la UE²⁵². En particular, con respecto al ámbito procesal penal, el establecimiento de «disposiciones mínimas» para su armonización es regulado por el art. 82.1 TFUE²⁵³, según el cual: «La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» en asuntos penales con dimensión transfronteriza. A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:

a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;

b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;

c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;

d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones».

²⁵² Según el art. 5.3 TUE: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

²⁵³ En cambio, con respecto al ámbito penal de carácter sustantivo, el art. 83.1 TFUE, legitima a la UE para establecer mediante directivas (adoptadas por el Parlamento y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario) normas mínimas que institucionalicen los supuestos típicos delictivos y las sanciones correlativas en ámbitos específicos, que sean de «especial gravedad», entre otros, el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, los cuales deberán tener una «dimensión transfronteriza», esto es, que afecte a dos o más Estados y derive directamente del «carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes».

De la lectura de esta disposición se infiere que el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones penales, materiales y procesales, en el marco de la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, actúan en dos niveles distintos, puesto que la aplicación efectiva del principio del reconocimiento mutuo parece depender de la existencia de un cierto grado de armonización de las legislaciones penales²⁵⁴. Por lo tanto, si, en virtud del principio del reconocimiento mutuo, las sentencias y las resoluciones judiciales de carácter penal, adoptadas por cualquier órgano jurisdiccional en uno de los Estados miembros de la Unión serán reconocidas automáticamente y consecuentemente tendrán validez y eficacia en todo el territorio de la Unión Europea, eso implica que los Estados de la Unión, sobre la base de la existencia de la confianza recíproca y de un conjunto de valores e ideales comunes, deberán aceptar el contenido de las resoluciones dictadas por los demás Estados miembros, sin necesidad de someterlas a un control previo, por ejemplo, respecto de la doble incriminación del supuesto delictivo. Pero precisamente para evitar problemas de legitimidad constitucional, como había ocurrido en el caso de la orden de detención europea²⁵⁵, el reconocimiento mutuo requiere la armonización previa de las legislaciones penales, a través de la adopción de un marco mínimo común.

²⁵⁴ Sobre la competencia en materia penal de la UE en el Tratado de Lisboa, se reenvía a: SOTIS, C., «Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea», *Cass. pen.*, n. 3-2010, p. 326-346. PELLEGRINI, L., «Riserva di legge e competenza penale europea», *Oss. fon.*, n. 2, 2011, pp. 1-56. BERNARDI, A., «La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1, 2012, pp. 43-78. BERNARDI, A., «“Riserva di legge” e fonti europee in materia penale», *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur., Nuova serie.*, 2006, pp. 1-90. GRANDI, C., «“Nullum crimen sine lege” parlamentaria y derecho penal europeo», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, cit., pp. 183-250.

²⁵⁵ Con respecto a los problemas de constitucionalidad relativos a la aplicación de la orden europea de detención en los Estados miembros de la UE, vid. *infra*.

A continuación, en el segundo apartado, el art. 82 TFUE indica algunos de los ámbitos de carácter estrictamente procesal en los que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, cuando se estime necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, las cuales deberán tener en cuenta «las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros»²⁵⁶.

Tales normas mínimas se referirán 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) los otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. En este último supuesto, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

De lo dispuesto por el art. 82 TFUE se deduce que la competencia de la UE en materia procesal penal es expresa e indirecta. Dicha competencia es expresa porque ha sido reconocida y formalizada en el Tratado de Lisboa, que legitima a la UE para actuar en materia procesal penal dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros, que siguen siendo los señores de los Tratados, para lograr los objetivos que estos se proponen. De lo

²⁵⁶ En cambio, en el supuesto de la aproximación sustantiva *ex* art. 83 TFUE no se hace referencia expresa al respeto de las distintas tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados Miembros aunque no se podrá prescindir de la necesidad de individualizar un marco mínimo común respecto de los supuestos delictivos típicos, de las sanciones correspondientes y de las categorías penales principales, teniendo debidamente en cuenta también las diferencias más importantes entre los sistemas judiciales y las tradiciones penales de los Estados Miembros.

contrario, si dicha competencia no se hubiera reconocido en forma expresa, por el principio de atribución, hubiera quedado reservada a los Estados miembros (art. 4. TUE y 5 TUE)²⁵⁷.

En segundo lugar, dicha competencia es «indirecta» porque se actúa mediante el instrumento de las directivas, las cuales, para producir sus efectos, requieren ser transpuestas por los Estados miembros en el ámbito de sus ordenamientos internos. De tal forma, dichos actos normativos se convierten en las fuentes para la armonización del derecho penal, creando una obligación de resultado hacia los Estados con respecto a la adopción de una determinada política criminal, aunque les deja un cierto margen de actuación en lo que concierne a la forma y a los medios con los que alcanzar tales objetivos.

Por lo tanto, a los Estados corresponde una obligación de tutela, que requiere la intervención tanto de los legisladores nacionales, que tendrán que transponer e incorporar tales actos a sus ordenamientos internos, como de los jueces nacionales que deberán respetar el principio de interpretación

²⁵⁷ Muy escéptico con respecto a la atribución de competencias a la UE en el ámbito de la justicia penal ha sido el Tribunal constitucional Federal alemán en la *Lissabon Urteil*, según el cual dichas atribuciones deberían ser interpretadas de forma restrictiva y de acuerdo con un planteamiento funcional. Según el Tribunal constitucional alemán, al margen de la lucha a la criminalidad con carácter transfronterizo o destinada a afectar a los intereses fundamentales de la UE, como en el caso de los intereses económicos, supuestos estos que por su dimensión y los efectos de tales conductas delictivas, requieren de una regulación en el nivel supranacional, la adopción de un determinado acto con el que se establezca la tipicidad de una determinada conducta exige una manifestación de voluntad legitimada directamente por el legislador nacional. En este sentido, hemos de considerar que el derecho penal, sustantivo y procesal, no es solo un instrumento jurídico orientado a la efectividad de la cooperación internacional, sino que está destinado a sentar un *minimum* ético del derecho. La dimensión transnacional establecida por el art. 83.1 TFUE no se deriva del hecho de que los órganos de la Unión han conformado una voluntad política convergente para criminalizar un determinado comportamiento (apartado 28 de la sentencia). Por esta razón, la interpretación restrictiva de las competencias indicadas en el Tratado se extendería también a la cooperación penal en base al principio de reconocimiento mutuo y al derecho procesal penal ex art. 82 TFUE (apartado 29 de la sentencia). De ahí, la necesidad, de acuerdo con un planteamiento funcional del reparto de competencias instituido en el Tratado de Lisboa, de realizar un control de necesidad de la medida de carácter europeo a adoptar.

conforme²⁵⁸. Y aunque los Estados sigan manteniendo el monopolio del *ius puniendi*, correspondiéndoles en vía exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, todo ello ha supuesto un replanteamiento y una reordenación de la soberanía estatal hacia objetivos comunes.

La atribución de una competencia expresa a la UE en materia procesal penal determina un desplazamiento de la responsabilidad en la garantía de los derechos en lo que concierne al ejercicio de la potestad sancionadora, tradicionalmente ejercida por parte de los Estados hacia la UE. Por consiguiente, los Estados deberán conformarse a los principios generales de esta Comunidad de Derecho²⁵⁹. En este sentido, el proceso de adaptación de los Estados a los principios y estándares establecidos en materia penal por la UE constituye la señal más tangible de su proceso de constitucionalización²⁶⁰.

2.2.4.3. El ámbito material de competencia del Tribunal de Justicia de la UE en el espacio de justicia penal

Una de las aportaciones más importante del Tratado de Lisboa en materia de Justicia concierne a la ampliación de las competencias y del margen de

²⁵⁸ BERNARDI, A., «Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista», *Dir. pen. cont.*, cit. Sobre la dimensión constitucional de la UE, vid.: HERLIN-KARNELL, E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012.

²⁵⁹ En tal sentido, vid. las Conclusiones del Abogado General, P. Cruz Villalón presentadas el 12 de junio de 2012, *Åklagare contra Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, apartado 51.

²⁶⁰ VOGEL, J., «The European Integrated Criminal Justice System and Its Constitutional Framework», *MJECL*, vol. 12, n. 2, 2005, pp. 125-147. Sin embargo, de ahí, se nos plantea la cuestión en torno a la necesidad de si la consolidación de un sistema integrado de justicia penal de carácter europeo necesite para su legitimación un marco constitucional. Según el autor, la UE necesita una «Constitución procesal penal», que conste de los siguientes elementos constitutivos: 1) un catalogo que contenga los derechos y principios fundamentales sobre los que los mecanismos de cooperación y de armonización son destinados a incidir aunque solo indirectamente; 2) un catalogo relativo a las competencias en el ámbito de la justicia penal; 3) las correspondientes normas de procedimiento; 4) las instituciones de la UE involucradas en el ámbito procesal penal. Como se puede observar todos estos elementos, antes reconocidos en el Tratado constitucional, han sido incorporados finalmente en el Tratado de Lisboa. Además, de camino, todo ello contribuirá a la concreción del proceso de «constitucionalización» de la UE.

incidencia del TJUE en el ELSJ. En lo que concierne a su ámbito de competencia material, el Tratado de Lisboa ha atribuido al TJUE la competencia para pronunciarse en vía incidental sobre la generalidad de las cuestiones que afectan al ELSJ, entre otros, los visados, la regulación del asilo, la inmigración y las otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, el estatuto del inmigrante, el reconocimiento y la ejecución de sentencias, la criminalidad transfronteriza y, en general, todo el conjunto de medidas que integran la cooperación judicial, tanto civil como penal²⁶¹. Dicha competencia ya no es

²⁶¹ La referida extensión del ámbito material de competencia del TJUE ha sido posible a través de la derogación de los arts. 35 TUE y 68 TCE, que establecían restricciones a la jurisdicción del TJUE en el ámbito de la cooperación judicial penal, que ha determinado la supresión formal de los pilares comunitarios y la consiguiente «comunitarización» de la cooperación judicial en materia penal. Al respecto, el art. 68 TCE disponía que: «El artículo 234 TCE será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional *pedirá* al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo». Es evidente que la expresión «podrá pedir», *ex art. 234 TCE*, creaba un margen de ambigüedad acerca del margen de apreciación de la autoridad jurisdiccional nacional, respecto a la oportunidad o no de interponer la cuestión prejudicial ante el TJCE. A continuación en el segundo apartado se dispone que: «El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior» (segundo apartado) y que «El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada» (tercer apartado). La exclusión de la jurisdicción del TJ de aquel conjunto de medidas y de instrumentos normativos, encaminados a asegurar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores no solo generaba restricciones indebidas en lo que concierne a la competencia material del TJ y a las garantías jurisdiccionales previstas en el Tratado, sino que dicho sistema conllevaba el riesgo de generar dilaciones indebidas y otorgaba a los órganos jurisdiccionales estatales un margen de apreciación demasiado amplio. Sobre el punto, vid. también: SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el reglamento 44/2001», en MOYA ESCUDERO, M./SÁNCHEZ LORENZO, S. A. (coords.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dickinson, Madrid, 2003, pp. 39-68. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C./VALLE GALVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades

condicionada como antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a una declaración de cada Estado miembro en la que se procedía a su reconocimiento y se indicaban los órganos jurisdiccionales nacionales habilitados para someterle el asunto, sino que ahora la competencia material del TJUE en este ámbito ha adquirido un valor automático y generalizado, salvo que los Tratados dispongan otra cosa²⁶². Además junto a la extensión del mecanismo del reenvío prejudicial a la generalidad del ELSJ, se prevé la posibilidad de plantear al TJUE una cuestión prejudicial de urgencia para las cuestiones inherentes al ELSJ, cuando la persona implicada en el procedimiento es privada de la libertad²⁶³.

Por lo tanto, mediante la «comunitarización» del tercer pilar se ha reforzado el papel del reenvío prejudicial como el principal instrumento de cooperación leal y del «diálogo de jueces y entre jueces»²⁶⁴, de garantía de la coexistencia de los diferentes instrumentos de protección de los derechos fundamentales y se ha convertido a todos los efectos al Tribunal de Justicia en una de las principales fuentes de armonización de los derechos y de las garantías procesales en la Unión Europea, puesto que ahora todos los órganos jurisdiccionales nacionales y no solo los órganos jurisdiccionales superiores de última instancia (en este caso se configura como una obligación), pueden interponer el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia, cuando se les plantee «una duda de constitucionalidad» sobre la interpretación de los Tratados

Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Rev. derecho com. eur.*, vol. 2, 1997, pp. 239-376.

²⁶² Art. 19 TUE y 267 TFUE.

²⁶³ Vid. el art. 23 *bis* del Protocolo n. 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DOUE 2008, C 115) y el art. 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

²⁶⁴ Sobre el nuevo papel del TJ, vid.: RUÍZ-JARABO COLOMER, D., *La justicia de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2011. RUÍZ-JARABO COLOMER, D., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa», *NUE*, n. 291, 2009, pp. 31-40. ADINOLFI, A., «La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona», *Riv. dir. intern.*, n. 1, 2010, pp. 45-64. JIMENO BULNES, M., «La nueva cuestión prejudicial en el espacio judicial europeo», *RGDPr*, n. 16, 2008, pp. 1-14. OTTAVIANO, I., «Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», *Studi int. eur.*, n. 2, 2009, pp. 51-477.

y la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión en el marco del ELSJ, si lo consideran necesario para resolver el supuesto del que estén conociendo (art. 267 TFUE)²⁶⁵.

De tal forma, mediante el mecanismo del reenvío prejudicial, que constituye, el «eje de la arquitectura judicial de la UE»²⁶⁶, el TJUE puede desarrollar a todos los efectos una función integradora, tanto de carácter «negativo»²⁶⁷ o de control de conformidad de los derechos procesales nacionales al Derecho comunitario, como de carácter «positivo»²⁶⁸, «materialmente

²⁶⁵ Con respecto a la legitimación de los órganos jurisdiccionales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales, el art. 267 TFUE (antiguo art. 234 TCE) prevé que: «Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo». En cambio, «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

²⁶⁶ Vid. SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004. Sobre el punto, vid. pp. 50 y ss.

²⁶⁷ El Tribunal de Justicia ha ido construyendo en vía jurisprudencial un conjunto articulado de principios generales, fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, desde las históricas sentencias *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, y *Costa v. Enel*, de 15 de julio de 1964, en las que se han afirmado los principios fundamentales de la primacía, de la eficacia directa de las normas europeas, del carácter vinculante de las sentencias prejudiciales de interpretación y de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas. A continuación, en la sentencia *Stauder* (TJ, sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder c. Stadt Ulm*, C-29/69), el TJ ha reconocido los derechos fundamentales como «parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario», que derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y cuya protección debe desenvolverse en el ámbito de la estructura y de las finalidades de la Comunidad. En la sent. CILFIT (TJ, sentencia de 6 de octubre de 1982, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*, C-283/81), ha teorizado la doctrina del acto claro; en las sentencias *Foto Frost* (TJ, sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto Frost contra Hauptzollamt Luebeck-ost*, C-314/85), *Peterbroeck* (TJ, sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS y État belge*, C-312/93), *Factortame* (TJ, de 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89), *Francovich* (TJ, sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90), *Johnston* (TJ, sentencia de 15 de mayo de 1986, C-222/84) y *Unión de Pequeños Agricultores* (TJ, sentencia de 25 de julio de 2002, C-50/00 P) ha consagrado los principios fundamentales de la efectividad y de equivalencia de la tutela en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

²⁶⁸ Y no hemos de olvidar que el Tribunal de Justicia no se ha limitado solo a aplicar e interpretar tales principios generales a cuestiones que afectaban directamente a aspectos

constitucional», de «armonización» y «unificación» de los derechos procesales nacionales en el respeto al derecho comunitario, incentivando y reforzando el diálogo judicial entre los órganos jurisdiccionales, que integran el sistema de la UE, tanto en su fase ascendente como descendente. De tal forma, el TJ se ha convertido en el motor también del Espacio Europeo de Justicia Penal²⁶⁹. En este proceso circular el punto de referencia constante son los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, los cuales acaban pasando necesariamente por el filtro de los principios generales, de aquel «*acquis*» elaborado por el Tribunal de Justicia a partir de la recepción e interiorización de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La importancia del nuevo papel asumido en el ámbito penal por el Tribunal de Justicia ha sido confirmado por las «sentencias gemelas», *Melloni* y *Fransson*, ambas pronunciadas por el Tribunal de Justicia el 26 de febrero de 2013, que han impulsado el desarrollo de

propios del derecho procesal de los Estados Miembros, sino que ha ido más allá, creando en vía jurisprudencial normas de carácter procesal en materia de plazos (TJ, sentencia de 25 de julio de 1991, *Emmott*, C-208/90; TJ, sentencia de 27 de octubre de 1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91, y TJ, sentencia de 17 de julio de 1997, *Haahr Petroleum*, C-90/94) y mecanismos de impugnación de tributos ilegalmente reclamados o devolución de tributos indebidamente pagados en relación con la necesidad de comprobar la «existencia» y el «alcance» de la responsabilidad del Estado por los daños resultantes del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario (TJ, sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel y van Veen*, C- 0430/93 y 0431/93; TJ, sentencia de 9 de noviembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93), introduciendo nuevos mecanismos procesales en los ordenamientos internos de los Estados de la UE. Tales principios fundamentales y técnicas procesales inicialmente elaborados en el ámbito civil y sancionador administrativo fueron progresivamente aplicados también al ámbito procesal penal, constituyendo las bases para la extensión de la competencia de la UE en dicho ámbito.

²⁶⁹ Sobre el papel del Tribunal de Justicia en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, vid. MORBIDELLI, G., *op. cit.* Según el autor, el TJ, por un lado, llevaría a cabo un papel de unificación jurisdiccional desde arriba y de carácter funcional, al interpretar las garantías jurisdiccionales en sentido propedéutico a la construcción comunitaria; por otro desempeñaría un papel de unificación desde abajo, es decir a partir de los ordenamientos constitucionales de los Estados Miembros, sintetizando los principios constitucionales de los Estados, al someterlos a control en nombre de las tradiciones constitucionales comunes. Sobre el punto vid. p. 74 y p. 83.

un nuevo marco de protección de los derechos fundamentales del justiciable, que será objeto sin duda de interesantes evoluciones²⁷⁰.

Por otra parte, aunque tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en virtud de la extensión de la competencia material de carácter prejudicial al ámbito de la cooperación judicial penal en su conjunto y de la atribución a los jueces nacionales de la potestad para interponer dicho incidente, el alcance de la tutela jurisdiccional garantizada por el Derecho de la UE a sus ciudadanos se haya ampliado considerablemente, es importante señalar algunos ámbitos que hasta hace poco estaban sometidos a limitaciones de carácter temporal.

En lo que concierne a las limitaciones temporales, el art. 10 del Protocolo n. 36 sobre las disposiciones transitorias, prevé que el Tribunal de Justicia no podrá ejercer una competencia plena en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal hasta que no hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es decir a partir del 1º de diciembre de 2014²⁷¹. Hasta este momento, por lo tanto, las atribuciones del

²⁷⁰ TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11; TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10. Sobre tales sentencias, reenvía a la parte de este trabajo de investigación dedicada a las técnicas de integración.

²⁷¹ Según lo dispuesto en el art. 10 del Protocolo n. 36: «1. Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea. 2. La modificación de un acto contemplado en el apartado 1 conllevará que se apliquen, respecto del acto modificado y en relación con los Estados miembros a los que vaya a aplicarse el mismo, las atribuciones de las instituciones mencionadas en dicho apartado que establecen los Tratados. 3. En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa». El Reino Unido notificó que no aceptaba las atribuciones de la Comisión y el Tribunal de Justicia introducidas por el Tratado de Lisboa en el ámbito de la cooperación policial y judicial (24 de julio de 2013). Por consiguiente, los actos correspondientes en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal han dejado de aplicársele a partir del 1 de diciembre de 2014. Sin embargo el Reino Unido podrá

Tribunal de Justicia en tales ámbitos han seguido siendo las mismas en lo que respecta a los actos adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

3.2.4.4. Profundización y variabilidad en la cooperación en materia judicial

A pesar de su carácter innovador y de su importancia en el proceso de construcción europeo, en el Tratado de Lisboa siguen permaneciendo algunos aspectos que parecen «contradictorios» y «controvertidos», los cuales podrían crear obstáculos, hasta llegar, en algunos casos, a paralizar la creación de un espacio de justicia armonizado. Entre los elementos calificados por la doctrina de concesiones o elementos de fractura y fragmentación es preciso destacar: el mecanismo de los «frenos de emergencia», la cooperación reforzada, el «régimen de *opt-out/opt-ing*» reservado al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, y el «régimen especial» concedido al Reino Unido y Polonia con respecto a la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales. Sin embargo, tales regímenes han sido necesarios para dar más flexibilidad al sistema y superar las reticencias de algunos Estados a una intervención de la UE en ámbitos por tradición reservados a la soberanía nacional, como la justicia o la política en materia de inmigración.

a) Sobre el procedimiento de armonización: frenos de emergencia y paso al procedimiento legislativo ordinario

El Tratado de Lisboa introduce en los arts. 82.3 y 83.3 TFUE el mecanismo de los «frenos de emergencia», que se encuentra relacionado estrictamente con el mecanismo de la cooperación reforzada. Atendiendo a lo dispuesto en el Tratado de Lisboa, cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto

notificar su deseo de participar en los actos que han dejado de aplicársele. Al respecto y en particular sobre la no notificación del Reino Unido de participar en las «Decisiones Prüm», vid.: COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Decisión del Consejo por la que se determinan algunas medidas derivadas y transitorias relativas a la decisión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de dejar de participar en determinados actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, Bruselas, 26.9.2014, COM (2014) 596 final 2014/0278 (NLE).

de directiva con el que se pretende aproximar las legislaciones penales sustantivas o procesales afecte a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal –que, sin embargo, el Tratado de Lisboa no se preocupa por especificar–, podrá solicitar que dicho asunto se remita al Consejo Europeo, que procederá a suspender el procedimiento legislativo ordinario y lo podrá reactivar, previa deliberación y en el caso de que se alcance el consenso, en el plazo de cuatro meses de dicha suspensión, devolviendo el proyecto al Consejo. Este último podrá reanudar su tramitación, teniendo en cuenta las observaciones formuladas, o poner fin al procedimiento, solicitando, si procede, una nueva propuesta de la Comisión. De tal forma, el mecanismo del «freno de emergencia», no solo podría equilibrar, en determinadas circunstancias, la introducción del voto por mayoría cualificada, permitiendo proteger los intereses particulares de los Estados miembros, sino que, mediante la ampliación del procedimiento legislativo ordinario y la posibilidad de revisar los proyectos legislativos, se conseguiría desbloquear el veto de algunos Estados, convenciénolos, y adoptar actos normativos de particular relevancia; lo cual contribuiría a evitar la parálisis del sistema.

Además, dicho mecanismo se ve reforzado por la posibilidad de que, si no hubiese acuerdo dentro de ese mismo plazo y previa comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, se establezca una cooperación reforzada entre al menos nueve Estados miembros (arts. 20.2 TUE y 329.1 TFUE). La cooperación reforzada estará abierta a todos los Estados miembros en cualquier momento, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización.

Las cooperaciones reforzadas, aunque dan vida a una Europa a «dos velocidades» y caracterizada por una «integración diferenciada», sin embargo, en determinadas circunstancias, pueden resultar de gran importancia, e incluso necesarias, para dar un impulso determinante hacia la armonización progresiva

de sectores específicos. En este sentido, hemos de considerar que cuando un grupo de Estados miembros decide instituir una cooperación reforzada, lo hace también en el intento de que los demás Estados miembros progresivamente se adhieran, conformándose a tal marco normativo. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el marco de la cooperación judicial en materia civil con la adopción del Reglamento (UE) n. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²⁷². A dicha cooperación reforzada fueron con el tiempo adhiriéndose más Estados.

b) Regímenes especiales

Y por último, se puede considerar una reminiscencia intergubernamental la existencia junto al «régimen general común» del ELSJ de otros regímenes y espacios «especiales» en función del nivel de integración de los Estados²⁷³.

²⁷² Reglamento (UE) n. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (L 343/10, DOUE, 29.12.2010). El 12 de julio de 2010, el Consejo decidió autorizar una cooperación reforzada entre Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 189 de 22.7.2010). El 21 de noviembre de 2012, el Consejo adoptó la Decisión 2012/714/UE por la que se confirma la participación de Letonia en una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Decisión 2012/714/UE, DO L 323 de 22.11.2012). Y por último, el 15 de octubre de 2013, Grecia notificó su intención de participar en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial mediante carta de 14 de octubre de 2013.

²⁷³ LIROLA DELGADO, I., «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un posible proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *RGDE*, n. 16, 2008, 25 pp. 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*, cit., pp. 30-70. FONSECA MORILLO, F. J., «Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 19-27. CARRERA, S./GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea», *Rev. derecho com. eur.*, n.

Tales regímenes son el fruto de los procesos de negociación para obtener el consenso de algunos Estados que veían con recelo y escepticismo que el ejercicio del *ius puniendi*, que ha pertenecido tradicionalmente al núcleo duro de la soberanía, ya no era una competencia exclusiva de los Estados.

En particular, en lo que concierne a los regímenes especiales concedidos al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, tales sistemas que ya se habían previsto en el Tratado de Ámsterdam en relación con el Título IV relativo a la cooperación judicial en materia civil y a las medidas en materia de inmigración, visados, asilo y control de las fronteras, en el Tratado de Lisboa se extienden también a la cooperación judicial en materia penal, contribuyendo a comprometer la unidad del sistema jurídico.

De acuerdo con lo dispuesto en los Protocolos n. 21 y 22, anexos al Tratado de Lisboa, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en principio, no participarán en la adopción de medidas o disposiciones relativas a la cooperación judicial en materia penal. A este propósito, no hemos de olvidar que el Reino Unido y Dinamarca ni siquiera se han adherido a la «Euro-zona». La «autoexclusión» de tales países del «régimen general» implica que todo acto o medida adoptada en dicho marco o resolución dictada por el Tribunal de Justicia interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas no serán vinculantes ni aplicables a tales Estados.

Sin embargo, al respecto, es oportuno hacer algunas precisiones, puesto que en lo que se refiere al Reino Unido e Irlanda se establece un régimen de «*opt-out*» con posibilidad de «*opting-in*», que les permite participar en la adopción y aplicación de medidas en materia de cooperación judicial penal²⁷⁴. En cambio, con respecto a Dinamarca se prevé un régimen de «*opt-out*» que podría

29, 2008, pp. 133-162. JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2011.

²⁷⁴ Art. 3 y 4 del Protocolo n. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

calificarse de pleno, con posibilidad de «*opt-in*», mediante la adopción de acuerdos internacionales con la Unión Europea²⁷⁵ o mediante modificación del Protocolo n. 22. En el segundo caso, Dinamarca apostaría por un sistema parecido al del Reino Unido e Irlanda²⁷⁶. Y por último, aunque en el caso de Dinamarca e Irlanda se prevé la posibilidad de incorporarse, en cualquier momento, al «régimen general», en cambio, así no se prevé en forma explícita para el caso del Reino Unido.

Respecto de estos regímenes particulares es interesante observar que el Reino Unido e Irlanda ejercieron su *opt-ing* respecto de la Directiva sobre el derecho a un intérprete y a un traductor y de la Directiva sobre el derecho a la información en los procesos penales, decidiendo participar en su adopción y estar vinculados a tales medidas; por el contrario decidieron no participar en la última Directiva adoptada, sobre derecho de acceso a un abogado, al considerarla demasiado invasiva. En cambio, Dinamarca no ha participado en la adopción de ninguna de las tres medidas ni queda vinculada por las mismas ni sujeta a su aplicación²⁷⁷.

Dichos «regímenes particulares» o «zonas de auto-exclusión» tendrán una incidencia importante también con respecto a los ámbitos materiales de los que el TJ podrá conocer, puesto que el «*opt-out*» incluye también las sentencias, resoluciones y la jurisprudencia del TJUE, que por lo tanto no podría pronunciarse sobre los asuntos que afectan al ELSJ, salvo que el Reino Unido e

²⁷⁵ Art. 4 del Protocolo n. 22.

²⁷⁶ De tal forma, así dispone el art. 8 del Protocolo n. 22: [...] «la totalidad del acervo de Schengen y las medidas adoptadas para desarrollar dicho acervo que hasta ese momento hayan vinculado a Dinamarca en calidad de obligaciones de Derecho internacional serán vinculantes para Dinamarca en calidad de Derecho de la Unión».

²⁷⁷ En virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo n. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

Irlanda ejerzan su derecho al «*opting-in*» y Dinamarca adopte acuerdos internacionales con la UE u opte por un sistema parecido al «régimen británico-irlandés».

Otro «régimen particular» que podría provocar la fragmentación político-jurídica de la UE es representado por lo establecido en el Protocolo n. 30 sobre la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la UE a Polonia y al Reino Unido²⁷⁸. El Protocolo n. 30 aunque no pretende excluir a Polonia y al Reino Unido de la aplicación de la Carta sino solo precisar la aplicación de determinadas disposiciones de la Carta en relación con la legislación y la acción administrativa de estos dos Estados y la posibilidad de acogerse a ella ante sus tribunales, sustancialmente determina una «integración diferenciada» en los distintos ámbitos, con el riesgo potencial de desarrollar una «tutela asimétrica» de los derechos fundamentales²⁷⁹.

Sin embargo, al margen de los perfiles negativos de las mencionadas «reminiscencias intergubernamentales», que todavía afectan al ELSJ, es importante resaltar que tales contradicciones y concesiones, fruto de los procesos de negociación, son parte integrante del sistema, una necesidad para poder avanzar contando con un consenso amplio y generalizado en el camino de

²⁷⁸ Sobre el Protocolo n. 30, vid.: AMADEO, S., «Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione», *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2009, pp. 720-741.

²⁷⁹ El Protocolo n. 30 reafirma que la Carta no amplía la facultad del Tribunal de Justicia o de cualquier órgano jurisdiccional de Polonia y del Reino Unido para estimar que las leyes, reglamentos o disposiciones, prácticas o actos administrativos son incompatibles con los derechos o principios fundamentales que la propia Carta reafirma (art. 1). Y a continuación se establece que nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta, relativo a los derechos sociales crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional (art. 2). Los Jefes de Estado y de Gobierno (los días 29 y 30 de octubre de 2009) acordaron extender dicha excepción también a la República Checa. Al respecto, entre otros documentos, vid.: Parlamento Europeo, INFORME sobre el proyecto de Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa (artículo 48, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea) (00091/2011 – C7-0385/2011 – 2011/0817(NLE)), Comisión de Asuntos Constitucionales, Ponente: Andrew Duff, A7-0174/2013, 15.5.2013.

construcción europeo.

4. CONCLUSIONES

El Capítulo II de esta Tesis, que tiene por objeto el ejercicio de la función constitucional del derecho procesal supranacional, se aproxima al análisis del proceso de europeización del *ius puniendi* a partir de las interacciones entre los distintos niveles y espacios constitucionales de protección de los derechos fundamentales, que integran el sistema, los cuales han impulsado «un verdadero y propio proceso de redescubrimiento de la dimensión europea del derecho penal»²⁸⁰, que es asimismo una manifestación del proceso de constitucionalización de la UE.

Desde el punto de vista histórico-político, el proceso de institucionalización de una jurisdicción penal internacional tuvo concreción solo después de la Segunda Guerra Mundial. A partir de este momento, los Estados superaron progresivamente sus tradicionales reticencias y tomaron conciencia de la necesidad de dar vida a formas de cooperación, coordinación y colaboración de carácter supraestatal, siendo deber de todos «los Estados ejercer la jurisdicción penal sobre los autores de crímenes internacionales» (Preámbulo del ER), con el fin de dar un impulso decisivo al proceso de humanización del Derecho internacional y de constitucionalización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de la persona, considerada titular de un valor mínimo indefectible, que no solo debe ser reconocido, sino debida y efectivamente tutelado. De tal forma, se quería evitar que tales crímenes y atrocidades volvieran a repetirse y que los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto, que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, se queden impunes y sin castigo.

²⁸⁰ BERNARDI, A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 10.

Dicho proceso culminó con la adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma, en vigor desde el 1º de julio de 2002, por el que se instituye la Corte Penal Internacional, el primer instrumento de tutela jurisdiccional supranacional, de carácter permanente, naturaleza penal e independiente, con vocación de universalidad y complementaria respecto de las jurisdicciones de sus Estados miembros, facultada para enjuiciar a los supuestos responsables, sin distinción por el cargo, de los crímenes considerados más graves, los denominados *core crimes*, para la Comunidad Internacional en su conjunto: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5 ER).

La adopción del Estatuto de Roma en el ámbito de la Conferencia de Roma ha representado sin duda un importante «momento constitucional» en el marco del desarrollo de un sistema de justicia penal internacional y de consolidación de un orden jurídico universal, siendo su misma institución el fruto de la manifestación de la soberanía de los Estados y, en definitiva, de la Comunidad Internacional en su conjunto, que, de tal forma, ha demostrado su compromiso y apuesta hacia una justicia penal universal.

Este «orden cosmopolita» se desarrollaría a partir de la categoría fundamental de la dignidad humana, la cual se concibe como un fin en sí mismo, intrínseco e inherente al ser humano en cuanto tal, cuyo respeto es la base para alcanzar la «paz eterna» como fuente de derechos humanos fundamentales, de valores universalmente compartidos, la cual en el marco de un sistema de protección de los derechos fundamentales multinivel requiere de mecanismos que le otorguen una protección adecuada.

De ahí, por un lado, la necesidad de los Estados de dotarse de una propia Constitución en la que se defiendan los valores fundamentales de la democracia y por otra parte de mecanismos de cooperación interestatales, que permitan

desarrollar un «derecho penal reconocido interculturalmente y universal»²⁸¹. Solo de tal forma, se puede alcanzar un orden jurídico global constitucionalizado, una comunidad cosmopolita de los ciudadanos del Mundo, a la que estarían sometidos también los Estados y cuyo fundamento se individualiza precisamente en los derechos humanos, en los valores y principios generales universalmente compartidos por su carácter fundamental. En este orden, la Comunidad Internacional, a través de la CPI, asume un papel fundamental, convirtiéndose en el titular del *ius puniendi* internacional. Por todo ello, se puede afirmar, que, en virtud de las cláusulas de legitimación, contenidas en los ordenamientos de los Estados signatarios del Estatuto de Roma, la CPI no constituiría una amenaza para la soberanía estatal, configurándose esta como una extensión de la jurisdicción penal nacional, en aras a la represión de ciertos crímenes que por su particular gravedad afectan a toda la Comunidad Internacional en su conjunto, vulnerando sus valores esenciales y amenazando su supervivencia.

Y por último, si analizamos su sistema jurisdiccional, hemos de observar que la CPI se nos propone no solo como un modelo de justicia supranacional, innovador, que representa la síntesis, la fusión entre los distintos modelos de justicia presentes en la Comunidad Internacional, tanto los sistemas de *Common Law*, como los de *Civil Law* y de los países del área iberoamericana, sino también como un modelo para el progresivo establecimiento de un espacio judicial penal de carácter europeo, en el que se han de establecer estándares mínimos de garantía concernientes a los derechos fundamentales de carácter procesal, que sean vinculantes y eficaces en todos los Estados miembros de la UE.

²⁸¹ AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *Ius Puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», cit., pp. 37 y 38.

En particular, en lo que se refiere a los derechos del justiciable, es interesante observar que la CPI se configura como un modelo de justicia completo, en el que se puede observar la influencia ejercida por los arts. 5 y 6 del CEDH, que enuncian, respectivamente, el derecho a la libertad y seguridad y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y de la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH. Incluso, se constata que el ER ha conseguido ir más allá de lo expresamente reconocido en el CEDH. Piénsese que, por ejemplo, ni el CEDH ni los artículos 47 y 48 de la Carta establecen expresamente el derecho a un traductor o el derecho a ser informado de los propios derechos procesales, derechos fundamentales estos que, en cambio, están reconocidos en el ER en los art. 55 y 67 ER relativos a los derechos de las personas en las investigaciones y en el proceso penal propiamente dicho. En este sentido, se constata que el ER representa para los Estados de la Comunidad Internacional en su conjunto y en modo especial para los Estados del espacio judicial europeo un modelo a seguir en la conformación y definición de estándares mínimos uniformes que garanticen una protección plena de los derechos fundamentales de naturaleza procesal considerados «básicos». Por otra parte, también es evidente la influencia de las Constituciones de los Estados miembros de la UE y de los principios ahí reconocidos. El ER se acerca a los modelos constitucionales procesales en los que se pretende desarrollar los derechos del justiciable en forma tendencialmente analítica con el fin de definirlos de forma clara y expresa.

A continuación, tras el análisis del proceso de construcción de un derecho penal más allá del Estado con respecto al ámbito internacional se ha procedido a considerar la función constitucional del derecho procesal penal europeo, profundizando en sus fines y en el sistema europeo de cooperación judicial, el cual ha proporcionado los mecanismos e instrumentos para su desarrollo a lo largo del proceso de integración. Con respecto a sus fines, se constata que la

institución de un derecho procesal europeo de carácter penal –o mejor dicho su constitucionalización– basado en un conjunto de garantías procesales comunes a sus Estados miembros, tiene dos objetivos: dotar a los ciudadanos de la UE y a los extranjeros que circulen en dicho espacio de un «estatuto procesal», equivalente y comparable en los 28 Estados miembros y elaborar una respuesta adecuada para enfrentarse a la circulación de la criminalidad, mediante el refuerzo de la coordinación y de la integración entre los aparatos de control y judiciales de los Estados.

Con respecto al primer objetivo, se parte de la premisa de que la libertad «necesita un auténtico espacio de justicia en el que los ciudadanos puedan acudir a los tribunales y a las autoridades de cualquier otro Estado en las mismas condiciones que en su propio país»²⁸², con el fin de que los derechos inviolables y las libertades fundamentales reconocidos abstractamente sean tutelados también de forma plena, efectiva y uniforme en todo el territorio de la Unión Europea. Por lo tanto, si un ciudadano de la UE es titular tendencialmente de los mismos derechos que los nacionales de tales Estados «es justo que esté sujeto también a las mismas obligaciones en materia penal y que, si comete una infracción en ese Estado sea perseguido y juzgado ante los tribunales de ese mismo Estado, al igual que sucede con los propios nacionales»²⁸³.

Tales derechos deben ser reconocidos y protegidos, de acuerdo con la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, niveles y espacios constitucionales por los ordenamientos nacionales, el ordenamiento europeo y el internacional, a través de un conjunto normativo mínimo común con eficacia vinculante *erga omnes* en todo el territorio de la Unión, con el fin de superar las «distancias culturales y geográficas» entre los Estados miembros. Pero también es necesario que tales derechos adquieran efectividad desde un punto de vista

²⁸² Conclusiones del Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 5.

²⁸³ Opinión del Abogado General Sr. Yves Bot, *Kozłowski*, cit., apartado 100-104.

concreto-procesal, a través de su uniforme interpretación y aplicación por parte de los jueces europeos, y del diálogo y colaboración entre los órganos que integran su sistema de justicia en el respeto a mecanismos o técnicas de cooperación judicial en materia penal, los cuales constituyen el objeto de la integración europea hacia su definitiva constitucionalización.

En todo ello, además, hemos de tener en cuenta también que en la mayoría de los supuestos delictivos con elementos de extraterritorialidad, las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un crimen se encuentran en un territorio extranjero y puede que desconozcan el idioma o el sistema jurídico de tal ordenamiento. O al contrario, la persona implicada puede que se encuentre muy lejos del órgano jurisdiccional que ha adoptado el acto de ejecución del que es el destinatario y por eso no puede defenderse adecuadamente. Pero también, hay que tener en cuenta que, una vez finalizado el enjuiciamiento, todo individuo, en virtud del principio del *ne bis in idem*, que es una manifestación tangible de la tutela judicial efectiva de los particulares frente al ejercicio del *ius puniendi*, derivada del derecho al proceso debido y al juicio justo²⁸⁴, debe saber que una vez condenado y cumplida la pena, o en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, puede desplazarse dentro de este espacio, sin correr el riesgo a que en otro se le persiga, alegando que aquel comportamiento integra en su sistema jurídico un supuesto típico delictivo distinto.

Por otra parte, en relación con el segundo objetivo, es decir respecto de la necesidad de elaborar una respuesta adecuada para enfrentarse a la circulación de la criminalidad, la supresión de las fronteras y la libre circulación de las personas han determinado no solo el incremento exponencial de la movilidad de las personas en la UE, sino que han favorecido también el desarrollo de formas de criminalidad organizada y de la comisión de graves crímenes caracterizados por elementos de extraterritorialidad, cuyos efectos superan las fronteras

²⁸⁴ Conclusiones del Abogado General Ruíz Jarabo, *Van Esbroeck*, cit., apartado 21.

nacionales, generando una elevada inseguridad en el territorio de la UE y poniendo en peligro sus intereses fundamentales.

Por todas estas razones, los Estados miembros de la UE se han dado progresivamente cuenta de la necesidad de desarrollar mecanismos de cooperación judicial en materia penal que permitan, mediante la aproximación y armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros de la UE, establecer un marco mínimo y contribuir a eliminar los eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción, colmando las lagunas presentes en los ordenamientos jurídicos de los EEMM. El modelo europeo de cooperación judicial ha ido adquiriendo forma y contenido en el tiempo, desde la experiencia de los convenios internacionales de armonización en el ámbito del Consejo de Europa, pasando por la fase de la cooperación intergubernamental, que llevó a la adopción del Convenio de Schengen, concebido como el banco de prueba para un modelo de justicia penal europeo (primera fase). Dicho modelo empezó a tener concreción tras la adopción del Tratado de Maastricht y de ahí se transformó progresivamente en una realidad supranacional, hasta su definitiva «comunitarización» en el Tratado de Lisboa. Este último, mediante la supresión formal de los pilares comunitarios, ha supuesto un avance muy importante, al haber dotado finalmente a la UE de una competencia autónoma y expresa en el ámbito procesal penal, que la legítima a establecer normas mínimas comunes bajo la forma de directiva para regular los derechos fundamentales de las personas involucradas en un procedimiento penal (art. 82 TFUE). Al respecto, es interesante observar que, en los últimos años, la UE ha adoptado sobre la base del art. 82 TFUE los siguientes actos normativos: 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, la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento 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.

La adopción, aunque a pequeños pasos, de tales medidas representa la señal de que la UE se ha dado finalmente cuenta de la necesidad y de la oportunidad de llevar a cabo una acción legislativa desde un nivel de tutela supranacional, trascendente a los ordenamientos jurídicos nacionales en tiempos rápidos, mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial eficientes, el refuerzo del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones en el ámbito europeo; elementos estos que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa han adquirido un valor «materialmente constitucional».

SEGUNDA PARTE

TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN

EN EL ESPACIO EUROPEO DE

JUSTICIA PENAL

Capítulo III

La integración a través del reconocimiento de derechos fundamentales

I. El CEDH

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de un espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia ha requerido la progresiva adopción de estándares mínimos comunes para la garantía y efectiva protección de los derechos del justiciable. Dicho proceso es el fruto de la interacción y recíproca alimentación entre los distintos ordenamientos que integran la UE hacia la Unidad del Sistema y de la transposición de técnicas constitucionales al ordenamiento jurídico supranacional para favorecer la construcción de un «orden público europeo»²⁸⁵.

En una primera fase del proceso de integración, los Estados, todavía celosos de sus prerrogativas soberanas en el ámbito penal, no estaban dispuestos a ceder las competencias en ese ámbito por su carácter exclusivo. Además el derecho penal se consideraba un ámbito ajeno y sin incidencias en la construcción del Mercado Interior. Sin embargo, pronto los Estados miembros de la UE se dieron cuenta de que esto no era así y que la construcción de un espacio económico europeo, en el que las personas pudieran circular libremente requería la intervención de la UE y la adopción de un marco mínimo común que

²⁸⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, Cacucci, Bari, 2012. Sobre el punto en particular, se reenvía al Capítulo sexto sobre «Fonti del diritto ed integrazione sovranazionale», pp. 101-109.

permitiese luchar contra la criminalidad y a la vez proteger adecuadamente los derechos fundamentales de todo individuo.

La construcción de un sistema europeo de derecho penal es el resultado de la interacción de algunas técnicas de integración, mediante las que se realiza el reconocimiento y la aplicación/interpretación de los derechos fundamentales de carácter procesal. Entre los distintos modelos de integración, en este trabajo, se ha considerado oportuno analizar la función jurisdiccional supranacional del TEDH, el nuevo papel asumido por la Carta de los derechos fundamentales de la UE en este ámbito, el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, en lo que concierne, en modo especial, a los problemas de constitucionalidad planteados por la orden de detención europea y a la posición adoptada al respecto por algunos de los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la UE, y las directivas europeas aprobadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 del TFUE. No se ha dedicado ningún epígrafe específico al papel desarrollado por el Tribunal de Justicia, pues su incidencia en las varias fases del proceso de integración se ha tratado de forma transversal en relación con cada una de las técnicas analizadas.

Tales técnicas han contribuido a la construcción de un derecho penal común. En cada modelo se ha intentado individualizar el presupuesto, la legitimación político-constitucional y su operatividad práctica. La finalidad es averiguar las diferencias y similitudes entre las distintas técnicas, el grado de incidencia en la configuración de un espacio europeo de justicia penal sobre la base de estándares mínimos comunes generalmente compartidos por los Estados miembros de la UE y los límites que las caracterizan.

En particular, en la primera parte de este Capítulo dedicado a la «integración a través del reconocimiento de derechos fundamentales», se procederá a indagar la función jurisdiccional supraestatal en el ámbito penal

asumida por el TEDH, el cual mediante la interpretación sustancial-constitucional, dinámica y evolutiva del CEDH y de sus Protocolos ha establecido estándares mínimos de tutela, que han constituido un punto de referencia constante para el Tribunal de Justicia, así como para los Estados del Consejo de Europa que los han incorporado progresivamente a sus ordenamientos nacionales.

Una vez analizado el papel del TEDH, se desarrollará la función armonizadora de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha adquirido carácter jurídicamente vinculante, dotando de valor «materialmente constitucional», de un sustrato mínimo común, a los derechos ahí reconocidos. A continuación, se procederá a estudiar la técnica del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el ámbito penal, «la piedra angular» del sistema europeo de cooperación judicial, cuya primera concreción y aplicación práctica se ha llevado a cabo mediante el importante aunque controvertido instrumento de la orden europea de detención.

Y por último, se analizará la técnica de la armonización a través de las Directivas europeas adoptadas en dicho ámbito sobre la base del art. 82 TFUE. Tales normas, que establecen estándares mínimos comunes en lo que concierne a los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procesos penales en la UE, una vez transpuestas en los ordenamientos internos, se convertirán en parámetros a los que Estados miembros deberán conformarse, adoptando todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos indicados.

2. LOS DERECHOS DE JUSTICIA RECONOCIDOS EN EL CONVENIO Y SU EXTENSIÓN POR EL TEDH

2.1. Las disposiciones en materia procesal penal del CEDH

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ofrece un abanico bastante amplio y desarrollado de disposiciones con relevancia en materia procesal penal. Entre estas, «tocan unos de los principios “cardinales” del derecho y del proceso penal»²⁸⁶: el art. 5 que reconoce el derecho a la libertad y seguridad, el art. 6 que enuncia el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, el art. 7 que recoge el principio de legalidad en materia penal y el art. 13 sobre el derecho a un recurso efectivo.

En este grupo, se pueden incluir también las disposiciones contenidas en el art. 2 sobre el derecho a la vida y en el art. 3, que reconoce la prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos y degradantes, las cuales, aunque tengan carácter sustantivo acaban incidiendo en el ámbito procesal penal, puesto que tales derechos pueden ser vulnerados sobre todo en la fase preliminar del procedimiento, durante la investigación. Asimismo son susceptibles de tener incidencia en el ámbito penal, entre otros, el art. 8, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar y el respeto al domicilio y a la correspondencia, y el art. 10 relativo a la libertad de expresión, cuya violación puede tener una incidencia directa en los derechos fundamentales del justiciable.

En dicho marco también se incluyen aquellas disposiciones contenidas en los Protocolos al CEDH, que afectan al ámbito procesal penal, entre los que cabe mencionar: el Protocolo n. 4, en particular el art. 3 sobre la prohibición de la expulsión de los nacionales y el art. 4 sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros; el Protocolo n. 7, sobre todo el art. 1 relativo a las garantías procesales en el caso de expulsiones de extranjeros, el art. 2 sobre el

²⁸⁶ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, L., «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal, *AEDI*, n. 21, 2005, pp. 317-378. Sobre el punto, vid. p. 317.

derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, el art. 3 sobre el derecho de indemnización en caso de error judicial y el art. 4, que reconoce el derecho a no ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho (*non bis in idem*). Y por último, es importante mencionar el Protocolo n. 13, que procede a abolir dicha pena en cualquier circunstancia, prohibiendo toda derogación a lo dispuesto en este artículo, al considerar que el derecho de toda persona a la vida un valor fundamental en una sociedad democrática, que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección plena de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano. Y por último, en dicho texto se considera que, [...] «el Protocolo n. 6 al Convenio relativo a la abolición de la pena de muerte, firmado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, no excluye la pena de muerte por actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra»²⁸⁷.

Todas estas disposiciones han contribuido a integrar el derecho penal, tanto en su vertiente sustantivo-material como en su vertiente procesal, en el sistema jurisdiccional del TEDH²⁸⁸. Este último ha sabido desarrollar plenamente las

²⁸⁷ Aunque el art. 1 del Protocolo n. 6 relativo a la abolición de la pena de muerte, en el art. 1, dispone que: «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado», en el art. 2, sigue manteniendo su imposición en tiempos de guerra, estableciendo que: «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte para aquellos actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con acuerdo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación en cuestión».

²⁸⁸ Sobre la importancia de la jurisprudencia del TEDH en la definición de estándares mínimos comunes en el ámbito penal: ARRESE IRIONDO, M^a. N., «Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático*, 2^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 97-169. ESPARZA LEIBAR, I./ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *op. cit.*, pp. 170-256. ARRESE IRIONDO, M^a. N., «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *op. cit.*, pp. 639-673. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./QUERALT JIMÉNEZ, A., «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 163-257. ARANGÜENA FANEGO, C., «Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH: en particular el derecho de acceso a un

potencialidades y *vis* expansiva del CEDH, permitiéndole ir «más allá de los códigos y más allá de las cartas constitucionales nacionales» y adquirir el rango de «un tercer nivel de legalidad», un ulterior y máximo nivel de «sacralización de las garantías», un instrumento de vértice del «garantismo penal»²⁸⁹, que se configura como un límite al ejercicio del *ius puniendi*²⁹⁰.

Entre tales disposiciones, el art. 6 CEDH es sin duda una de las más importantes de todo el articulado del Convenio y también una de las más invocadas en los juicios ante el TEDH. Los derechos del justiciable amparados por el art. 6 «constituyen el *estándar* mínimo de garantía de la persona en

tribunal (art. 6)», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 259-275. GARCÍA ROCA, F. J./VIDAL ZAPATERO, J. M., «El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 365-407. CHIAVARIO, M., «Art. 6», en BARTOLE, S./CONFORTI, B./RAIMONDI, G. (coords.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padua, 2001. CHENAL, R./GAMBINI, F./TAMIETTI, A., «Art. 6: diritto a un equo processo», en BARTOLE, S./DE SENA, P./ZAGREBELSKY, V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padua, 2012, pp. 172-257. RANDAZZO, B., «I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della CEDU. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13-15 ottobre 2011», www.cortecostituzionale.it, 2011, pp. 1-25.

²⁸⁹ MANES, V., «Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 1- 66. Sobre el punto, vid. pp. 3-4.

²⁹⁰ ZAGREBELSKY, V., «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 69-107. Sobre el punto, vid. 69 y ss. Al respecto, es importante poner de relieve que dicho instrumento, como afirma el autor, se distingue de los normales tratados de derecho internacional al menos por tres razones: a) por su «contenido», siendo este un tratado internacional en el que se reconocen derechos fundamentales con «vocación de universalidad», que trascienden las categorías jurídicas propias de los ordenamientos de los distintos Estados parte del Consejo de Europa; b) por «el carácter objetivo de su sistema de tutela», que no se basa en el principio de reciprocidad, como los demás tratados internacionales. c) Y por último, se pone de relieve que dicho sistema se basa no solo en el CEDH, sino en la intervención del TEDH, a quien le corresponde acertar si ha habido una vulneración de las disposiciones del CEDH, y el Comité de Ministros, que es un órgano político, llamado a velar por el respeto por parte de los Estados de la obligación de dar ejecución a las sentencias dictadas por el TEDH.

relación con el ejercicio de la jurisdicción»²⁹¹. Dicho artículo, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, propone una noción articulada de este derecho, desarrollando un catálogo bastante completo de las garantías y de los derechos fundamentales básicos de naturaleza procesal, que se pueden subsumir en dicha categoría. Estamos ante una noción con un carácter autónomo, que no está vinculada por las calificaciones elaboradas por el derecho interno, al tener estas solo un carácter relativo²⁹². Además es importante observar que el TEDH desde los comienzos de su actividad era consciente del «lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática»²⁹³ y de la necesidad de adaptar dicho texto a las evoluciones de la sociedad y al contexto en el que se enmarca.

Aunque aparentemente de simple comprensión, el art. 6 CEDH presenta una estructura compleja, articulada en tres apartados, en los que se reconocen las categorías estructurales, en torno a las que dicho derecho se desarrolla, es decir:

- a) el derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso equitativo (primer apartado)
- b) el derecho a la presunción de inocencia (segundo apartado)
- c) los derechos de la defensa (tercer apartado).

También es importante precisar que los derechos reconocidos expresamente en los apartados dos y tercero del art. 6 CEDH y los que se pueden incluir implícitamente en sus respectivos ámbitos de aplicación constituyen elementos «de la noción de juicio justo en materia penal contenida en el art. 6.1»²⁹⁴. La

²⁹¹ CHIAVARIO, M., «Art. 6», en BARTOLE, S./CONFORTI, B./RAIMONDI, G. (coords.), cit., p. 154.

²⁹² En su análisis, el Tribunal de Estrasburgo no está vinculado por las calificaciones elaboradas por los ordenamientos internos, puesto que estas se limitan a tener un valor relativo. Al respecto: TEDH (Gran Sala), sentencia de 8 de junio de 1976, asunto *Engel y otros y Países Bajos*, petición n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, apartado 81.

²⁹³ Vid., TEDH, sentencia de 17 de enero de 1970, asunto *Delcourt c. Bélgica*, petición n. 2689/65, apartado 25.

²⁹⁴ TEDH, sentencia de 24 de noviembre de 1994, asunto *Imbrioscia c. Suiza*, petición n. 13972/88, apartado 37; TEDH, sentencia de 16 de octubre de 2001, asunto *Brennan c.*

complejidad de su formulación respondería a la exigencia de «materializar el núcleo irreductible, la trama esencial que sustenta la relación “en toda su amplitud” entre los ciudadanos y el poder judicial en un Estado democrático, lo que algunos denominamos el proceso debido»²⁹⁵.

2.2. El derecho a un proceso equitativo en el art. 6 CEDH. Perfiles estructurales

2.2.1. La «cláusula de la equidad procesal»

En este epígrafe dedicado a los perfiles estructurales del derecho a un proceso equitativo *ex art. 6 CEDH* se ha considerado oportuno realizar una exposición aunque solo sumaria de cada uno de los derechos reconocidos en esta disposición, considerándose necesario para situar tanto a las distintas técnicas utilizadas por el TEDH, como también a las restantes, objeto de estudio.

Además del análisis del art. 6 CEDH se puede observar de forma evidente el proceso de reciproca alimentación que ha llevado a la construcción de estándares mínimos. Dicho artículo no ha recogido solo los principios en materia de justicia penal, deducidos de las Constituciones de los Estados miembros de Europa; sino que a su vez ha constituido el punto de referencia constante tanto para las Constituciones adoptadas posteriormente, como para el Tribunal de Justicia en la formación de un derecho penal común europeo.

Al respecto, se observa que las Constituciones de la mayoría de los países del Este, adoptadas en el tercer periodo de transición constitucional, se inspiran en el modelo de justicia penal definido en el art. 6, tanto en lo que concierne a su estructura como a su formulación. Tales textos prevén la cláusula general del

Reino Unido, petición n. 39846/1998, apartado 45; TEDH, sentencia de 27 de noviembre de 2008, asunto *Salduz c. Turquía*, petición n. 36391/2002, apartado 50.

²⁹⁵ ESPARZA LEIBAR, I./ETXEBERRIA GURIDI, J.F., «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *op. cit.*, p. 173.

derecho a un proceso equitativo y, a continuación, la desarrollan de forma analítica, especificando un conjunto de derechos y garantías procesales. Estos Estados, optando por un desarrollo tendencialmente analítico de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales, pretendían garantizar un estándar superior de tutela y manifestar de forma expresa el cambio de actitud de los nuevos Gobiernos respecto a los regímenes anteriores²⁹⁶. Por otra parte, el TJ –como se observará también en los próximos epígrafes– acudió desde los comienzos de su labor jurisprudencial a los estándares reconocidos en el CEDH, tal como reelaborados por la jurisprudencia del TEDH, los cuales han contribuido a la construcción de la categoría de las tradiciones constitucionales comunes.

El art. 6 CEDH empieza enunciando el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, que es definido como: «el derecho de toda persona a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley»²⁹⁷. Cualquier persona física sin distinción, tanto los ciudadanos, como los extranjeros y también las personas jurídicas pueden invocar este derecho.

En lo que concierne a su ámbito de aplicación, este derecho se puede invocar en los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil, así como

²⁹⁶ También el art. 111 de la Constitución italiana, tal como fue modificado por la *Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*, se inspira de forma evidente a lo dispuesto en el art. 6 del CEDH.

²⁹⁷ Al respecto, dispone el art. 6.1 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

en las controversias, que versen sobre «el fundamento de cualquier acusación²⁹⁸, en materia penal». La existencia de una «acusación en materia penal», depende de la concurrencia de tres criterios, los denominados «criterios Engel»:

- a) la calificación jurídica de la infracción enjuiciada en derecho interno,
- b) su naturaleza,
- c) la naturaleza y el grado de severidad de la sanción.

Tras enunciar el derecho de acceso a la jurisdicción, que en el ámbito penal implica que el justiciable, es decir «el destinatario de la acción pública» promovida contra él, se presente ante el juez, para satisfacer «las pretensiones punitivas del Estado»²⁹⁹, el CEDH reconoce la denominada cláusula de la «equidad procesal» (*fairness* procesal), introducida por el art. 2.2 del Protocolo n. 11. Dicha noción, según UBERTIS, «sirve para indicar la configuración que tiene que poseer todo proceso para que se pueda definir de verdad como tal y no ser solo una apariencia»³⁰⁰ y se substancia en todo un conjunto de garantías que van más allá de aquellas enunciadas en el art. 6, cuya función es «meramente explicativa y especificadora».

De todo ello, se deduce que la denominada «equidad procesal» no solo constituye la idea-base, sino también la categoría general, que comprende los derechos reconocidos explícita o implícitamente en el art. 6 CEDH. Esto significa que, a los efectos de evaluar la eventual violación de la equidad procesal en materia penal, es necesario considerar todo el articulado de este artículo en su conjunto y no solo los apartados 2 y 3.

Por otra parte, en relación con el cumplimiento en los procesos penales de las exigencias de equidad, hemos de considerar que, a pesar de que los asuntos penales se caractericen por una cierta gravedad, puesto que se puede llegar a declarar la responsabilidad penal de una persona y a imponerle una sanción

²⁹⁸ TEDH, *Engel y otros*, apartados 80 y ss. Sobre los criterios Engel vid. *infra*.

²⁹⁹ CHENAL, R./GAMBINI, F./TAMIETTI, A., *op. cit.*, pp. 188 y ss.

³⁰⁰ UBERTIS, G., *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, 2ª ed., Cortina Raffaello, Milán, 2009. Sobre la noción de equidad, vid. p. 11 y ss.

punitiva y disuasoria, es evidente que hay asuntos penales de menor gravedad, que no implican un estigma significativo. Por lo tanto, en tales situaciones no es necesario que las garantías penales establecidas se apliquen en todo su rigor. La necesidad de aplicar tales garantías en diferentes niveles, atendiendo a la naturaleza del asunto y al grado de estigma, que comportan determinados asuntos penales, se hace evidente, por ejemplo, en el supuesto de la ausencia de una vista oral o a la presencia del abogado en la vista.

El TEDH ha reiterado que los Estados signatarios gozan de un margen de apreciación para evaluar si se ha respetado la cláusula de la equidad procesal³⁰¹ y en la elección de los medios idóneos para permitir a su sistema judicial observar los imperativos del artículo 6 CEDH. Su tarea, por lo tanto, consiste en saber si la vía seguida por ellos en este campo llega a resultados que, en los litigios que se le presentan, cumplen con las exigencias del Convenio. A tal fin, es importante tener en cuenta que dicho derecho no es «absoluto»³⁰², sino que puede ser sometido a limitaciones implícitamente admitidas. Estas, que no podrían restringir el acceso al individuo de una manera o hasta el punto de que el derecho sea vulnerado en su propia sustancia, tienen que perseguir una «finalidad legítima» y debe existir «un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida»³⁰³. Y por último, es importante resaltar que las garantías del art. 6 se «aplican al conjunto del procedimiento penal, incluidas la fase de la investigación preliminar y la

³⁰¹ TEDH, sentencia de 24 de mayo de 1991, asunto *Quaranta c. Suiza*, petición n. 12744/87, apartado 30.

³⁰² TEDH, sentencia de 6 de abril de 2010, asunto *C.G.I.L y Cofferati c. Italia*, petición n. 2/08, apartado 43. El derecho de acceso a un tribunal en el sentido del art. 6 CEDH se define en la sentencia del TEDH, de 21 de febrero de 1975, asunto *Golder c. Reino Unido*, petición n. 4451/70, apartados 28-36, en la que se consideró que el derecho de acceso a un tribunal era un elemento inherente a las garantías consagradas en el artículo 6.

³⁰³ Sobre la proporcionalidad, el TEDH, sentencia de 25 de mayo de 1998, asunto *Kurt c. Turquía*, petición n. 24276/94, hace hincapié en la necesidad de un «test de proporcionalidad para evaluar las restricciones al acceso a la justicia penal que dependen de las circunstancias particulares del caso específico y de una atenta ponderación de los intereses en juego», apartado 43.

instrucción judicial en la medida en que su inobservancia inicial compromete seriamente el carácter equitativo del proceso»³⁰⁴. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH incluye dentro de su ámbito de aplicación también las fases que se desarrollan antes del acto del juicio oral.

2.2.2. Las garantías de la función jurisdiccional: la independencia y la imparcialidad y la garantía del juez natural predeterminado por la ley

En lo que concierne a las características principales del órgano juzgador, el art. 6.1 CEDH consagra la independencia, la imparcialidad y la garantía del juez predeterminado por la ley. Dichas garantías son comunes a todo tipo de procedimiento y pretenden promover la confianza en los Tribunales y entre los Tribunales, puesto que solo si la Comunidad en su conjunto confía en los órganos que imparten justicia, será capaz de dar más concreción, efectividad y legitimación a los mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión europea.

Según reiterada jurisprudencia del TEDH³⁰⁵, las garantías de la independencia e imparcialidad, están estrictamente relacionadas. Sin embargo, con respecto a la primera, el TEDH se limita a establecer algunos «criterios»; en

³⁰⁴ TEDH, *Imbrioscia c. Suiza*, cit., apartado 36; TEDH, sentencia de 21 de septiembre de 2006, asunto *Pandy c. Bélgica*, petición n. 13583/2002, apartado 50. TEDH, sentencia de 4 de marzo de 2010, asunto *Mokhov c. Rusia*, petición n. 28245/04, apartado 109.

³⁰⁵ Analizan las garantías de la independencia e imparcialidad según el TEDH: MONTERO AROCA, J., «El derecho a un juez imparcial», en DE LA OLIVA SANTOS, A./AGUILERA MORALES, M./CUBILLO LÓPEZ, I. J. (coords.), *La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, pp. 21-54. ID., «Derecho a un juez independiente e imparcial», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 101-132. GARCÍA ROCA, F. J./VIDAL ZAPATERO, J. M., «El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), «La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos», cit..

cambio, de la segunda ofrece una interesante definición. Para establecer si un tribunal es independiente, según el TEDH, tanto con respecto a las partes como al Ejecutivo, habría que atender en particular a los siguientes criterios³⁰⁶:

- a.- el modo de designación,
- b.- la duración del mandato de sus miembros,
- c.- la existencia de una protección contra las presiones externas,
- d.- la apariencia de independencia.

La «imparcialidad se define de ordinario por la falta de prejuicio o de criterio formado»³⁰⁷ y su existencia se apreciará de distintas formas. Por eso, según el TEDH, es importante considerar la garantía de la imparcialidad en sus dos vertientes: subjetiva y objetiva. Desde el perfil subjetivo, el concepto de imparcialidad se refiere a la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto. En este sentido, los órganos jurisdiccionales deben ser subjetivamente imparciales, es decir no deben manifestar una actitud de parcialidad, ni de perjuicio personal. Ante una duda de «parcialidad» subjetiva se debería, por lo tanto, acertar el pensamiento del juez, su foro interno, o averiguar su interés en un determinado asunto. La imparcialidad subjetiva se «presume salvo prueba en contrario»³⁰⁸. Entre las pruebas, se podrían alegar, por ejemplo, «muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado» o razones de orden personal³⁰⁹. Y desde el segundo punto de vista, los órganos jurisdiccionales deben ser objetivamente imparciales, en el sentido en que deben

³⁰⁶ TEDH, sentencia de 28 de abril de 2009, asunto *Savino y otros c. Italia*, petición n. 17214/05, 20329/05, 42113/04, apartado 100.

³⁰⁷ TEDH, sentencia de 6 de enero de 2010, asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España*, petición n. 74181/01, apartado 115. TEDH, sentencia de 1º de octubre de 1982, asunto *Piersack c. Bélgica*, petición n. 8692/1979, apartado 30.

³⁰⁸ TEDH, sentencia de 24 de mayo de 1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, petición n. 10486/83, apartado 47.

³⁰⁹ TEDH, sentencia de 26 de octubre de 1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*, petición n. 9186/80. Desde sus primeras sentencias al respecto, el TEDH afirmó que «un tribunal debe presumirse exento de prejuicio o parcialidad». Sin embargo, por la dificultad de establecer una violación del art. 6 por parcialidad subjetiva, recurrió a la categoría de la imparcialidad objetiva, aunque era consciente de que los dos perfiles no se pueden separar en forma nítida (vid. apartado 117).

«ofrecer las garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima al respecto»³¹⁰. Ante una duda de «parcialidad» en sentido objetivo, será necesario, por lo tanto, preguntarse si con independencia de las conductas de los miembros integrantes del Tribunal, se podrían comprobar algunos hechos que podrían poner en peligro o hacer dudar de la imparcialidad del juez. En este supuesto podrían adquirir relevancia hasta las apariencias.

Por último, en relación con la garantía del juez natural predeterminado por ley, según el TEDH, este es un principio constitutivo del Estado de Derecho, inherente al sistema del CEDH en su conjunto. Dicha «expresión» hace referencia tanto a la ley como fuente que atribuye a un determinado órgano la potestad de *ius dicere*, es decir de proclamar el derecho para el caso concreto, como a la composición del mismo en un determinado asunto³¹¹. Esta garantía tiene la finalidad de evitar injerencias indebidas e intromisiones no solo del Ejecutivo, sino también de las demás autoridades.

2.2.3. La presunción de inocencia

A continuación, en su segundo apartado, el art. 6 CEDH reconoce el derecho-principio a la presunción de inocencia³¹². Aunque la presunción de inocencia, según el TEDH, se incluye entre los elementos del proceso penal

³¹⁰ El TEDH suele individualizar dos tipos de situaciones que pueden denotar una falta de imparcialidad: el primer tipo es de carácter funcional, en el supuesto de que el juez ejerza dos funciones en el mismo proceso judicial (TEDH, *Piersack*, cit., apartado 30) o en el ámbito de la relación de jerarquía o de otro carácter con uno de los interesados en el proceso; el segundo tipo es de carácter personal con respecto al comportamiento de los jueces en un caso concreto, aunque en este caso habrá que atender a las circunstancias del caso enjuiciado para decidir si recurrir al criterio objetivo, al subjetivo o a ambos.

³¹¹ TEDH, sentencia de 22 de junio de 2000, asunto *Coëme y otros c. Bélgica*, peticiones n. 32492/96; 32547/96; 32548/96; 33209/96; 33210/96, apartado 149.

³¹² MARTÍN DIZ, F., «Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Rev. eur. der. fund.*, n. 18, 2011, pp. 133-166. ABBADESSA, G., «Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 377-410.

equitativo *ex art.* 6.1³¹³, su reconocimiento en el art. 6.2 le otorga una cierta autonomía respecto a los demás derechos del justiciable reconocidos en el CEDH. El derecho a la presunción de inocencia se nos presenta como un derecho dotado de un significado y un alcance amplios, que requiere de una interpretación extensiva para definir sus aspectos esenciales, puesto que no se limita a ser una mera garantía procesal en materia penal³¹⁴, sino que adquiere el valor de una regla de juicio y de trato del acusado, determinando importantes efectos, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo.

La presunción de inocencia se vulnera cuando, sin que el acusado haya sido previamente encontrado culpable conforme a la Ley, una decisión legal en su contra refleja la opinión de que es culpable³¹⁵. Todo esto tiene incidencia en el método que el juez utilizará en el desarrollo de sus funciones, puesto que no puede partir de la idea preconcebida de que el acusado sea culpable. Para evitar que se incurra en la violación de este derecho, según el TEDH, la carga de la prueba debe recaer en la acusación y cuando se plantee una duda, esta se deberá interpretar a favor de la persona sospechosa o acusada. El órgano juzgador deberá basarse en las pruebas que se le presenten y no en meras declaraciones o suposiciones para deducir los elementos constitutivos de la responsabilidad penal. En virtud del principio *in dubio pro reo*, que constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona, no diferenciándose las sentencias absolutorias en función de los motivos que hayan sido tenidos en cuenta en cada ocasión por el juez penal.

³¹³ TEDH, sentencia de 19 de diciembre de 1989, asunto *Kamasinski c. Austria*, petición n. 9783/82, apartado 62.

³¹⁴ TEDH, sentencia de 28 de junio de 2011, *Lizaso Azconobieta c. España*, petición n. 28834/08, apartado 37.

³¹⁵ TEDH, sentencia de 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, peticiones n. 10588/83, 10589/83 y 10590/83, apartado 91.

Sin embargo, el derecho a la presunción de inocencia no se configura solo como un mandato hacia el Juez, sino que tiene un alcance más amplio, pudiéndose considerar el fundamento y pilar de los demás derechos procesales³¹⁶. Y al respecto y desde un punto de vista subjetivo, la presunción de inocencia implica que ningún representante del Estado o de la autoridad pública³¹⁷ podrá presentar públicamente a los sospechosos o acusados como culpables de un delito en tanto no hayan sido juzgados y condenados mediante sentencia firme³¹⁸. De tal forma, se pretende evitar que el sospechoso o acusado se perciba como culpable antes de aquel momento, prejuzgando, de tal forma, el resultado final de la evaluación realizada por el órgano juzgador.

Por lo tanto, aunque las autoridades puedan hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento, tales elementos tendrán que estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad. En tales declaraciones se deberán utilizar la máxima discreción y la reserva que impone el principio de presunción de inocencia³¹⁹, teniendo en debida consideración también los términos empleados y su «sentido real» y no su «tenor literal»³²⁰; de lo contrario

³¹⁶ En este sentido, también en el Documento de Trabajo sobre el refuerzo de ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Ponente: Renate Weber, de 17.03.2014, se afirma que: «La presunción de inocencia es un pilar de los procesos penales democráticos modernos que está basado en el respeto de los derechos fundamentales. Surgió como reacción a la experiencia histórica de los procedimientos inquisitivos y los sistemas totalitarios del siglo XX, que se basaban en la presunción de culpabilidad y la autorización para ejercer coerción contra el sospechoso. Lamentablemente, en la actualidad este concepto se ve amenazado —entre otros aspectos— por instrumentos del denominado «Estado preventivo» (almacenamiento masivo de datos y elaboración de perfiles de la población) y por la introducción de procedimientos «administrativos» paralelos a los procedimientos penales, donde no se aplica el concepto de presunción de inocencia» (p. 2).

³¹⁷ TEDH, sentencia de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, petición n. 15175/89, apartados 35-36; TEDH, sentencia de 30 de junio de 2009, asunto *Viorel Burzo c. Rumania*, peticiones n. 75109/01 y 12639/02, apartado 156.

³¹⁸ TEDH, sentencia de 25 de marzo de 1983, asunto *Minelli c. Suiza*, petición n. 8660/79.

³¹⁹ TEDH, sentencia de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, petición n. 15175/89, apartado 38.

³²⁰ TEDH, sentencia de 28 de noviembre de 2002, asunto *Lavents c. Letonia*, petición n. 58442/00, apartado 126.

se incurriría en una vulneración de este derecho. Y desde el punto de vista objetivo, la presunción de inocencia se puede aplicar también a situaciones en que la persona afectada no sea o no pueda ser objeto de una acusación en materia penal, en la medida en que las cuestiones de responsabilidad penal del acusado y del derecho a percibir una indemnización por detención están estrictamente relacionadas.

2.2.4. Los derechos de la defensa

Tras afirmar en el segundo apartado, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en su tercer apartado, el art. 6 CEDH procede a enunciar un catálogo de derechos procesales básicos, de estándares mínimos comunes, de los que son titulares las personas contra las que se ha dirigido una acusación penal³²¹. En dicho artículo se afirma que: «Todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo; a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

La recepción en el art. 6.3 de tales derechos como estándares comunes permite al CEDH establecer un nivel mínimo de tutela que tiene que ser respetado por los Estados miembros del Consejo de Europa, los cuales tendrán

³²¹ CHENAL, R./GAMBINI, F./TAMIETTI, A., *op. cit.*, p. 228.

que mantener un nivel de protección por lo menos equivalente. Las «garantías específicas» recogidas en dicho artículo, que se pueden incluir en la categoría más amplia de los derechos de la defensa, constituyen una manifestación específica del derecho a un proceso equitativo y se encuentran directamente relacionados con el principio de contradicción y de igualdad de armas³²², los cuales constituyen los pilares del proceso penal. Dicha categoría se compone, a su vez, de derechos nucleares o medulares y de derechos instrumentales. Los primeros afectan «a la esencia de la contradicción propiamente dicha» en relación con las oportunidades de alegación, exposición de argumentos facticos y jurídicos en sentido estricto y prueba, la actividad necesaria para fundamentar tales argumentos y contra-alegación y contra-prueba. Los segundos, los derechos instrumentales, inciden «en el aspecto garantista en cuanto su misión es asegurar la viabilidad de aquellos al facilitar su preparación, desarrollo y ejecución»³²³.

El primer derecho contemplado en el art. 6.3 CEDH es el derecho fundamental a ser informado sobre el contenido y la naturaleza de la acusación y los derechos procesales básicos. El que el sospechoso o acusado disponga de la información sobre los derechos procesales que le corresponden y sobre la acusación o cargos que se le imputan es un elemento básico para garantizar su

³²² Aunque el art. 6 no reconozca en forma expresa el principio de igualdad de armas, esto representa una laguna aparente, puesto que dicho principio se puede considerar implícito no solo en la misma «cláusula de la equidad procesal», sino que se puede deducir directamente de una interpretación sistemática del art. 6 CEDH con lo dispuesto en el art. 14 CEDH, que reconoce el principio de igualdad. Además, la misma formulación de las garantías procesales de carácter orgánico contenidas en el primer apartado del art. 6, comunes a todos los órganos jurisdiccionales, como la independencia y la imparcialidad, prescindiendo de la naturaleza del procedimiento, y el mismo principio de contradicción suponen que el proceso deberá desarrollarse a armas pares. Sobre el punto vid. también UBERTIS, G., *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, cit., pp. 12 y ss.

³²³ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 225-227.

derecho a la defensa. Y aunque el CEDH se limite a establecer el derecho a ser informado del contenido y de la naturaleza de la acusación en los artículos 6.3 a) y b)³²⁴, sin hacer referencia expresa también al derecho a ser informado de los propios derechos procesales³²⁵, el carácter fundamental de este derecho se puede deducir de este mismo artículo³²⁶, incluyendo tal derecho en la categoría de los derechos de la defensa, y de la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH, que en sus pronunciamientos ha definido su contenido esencial, elaborando estándares mínimos comunes en tal ámbito³²⁷.

³²⁴ Vid. también el art. 5.2 CEDH, según el cual: «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». Según el TEDH: [...] «El artículo 5.2 enuncia una garantía elemental: toda persona detenida debe saber por qué ha sido privada de libertad. Integrada en el sistema de protección que ofrece el artículo 5 obliga a señalar a dicha persona, en un lenguaje simple accesible para ella, las razones jurídicas y de hecho de su privación de libertad, con el fin de que pueda discutir su legalidad ante un tribunal en virtud del apartado 4» (TEDH, sentencia de 5 de febrero de 2002, asunto *Conka/Bélgica*, petición n. 51564/99, apartado 50). En términos parecidos se expresa también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que reconoce el derecho a ser informado de la acusación en los artículos 9.2 y 14.3, apartados a y b. El primero, el art. 9.2 PIDCP dispone que: «Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella»; y el segundo, el art. 14.3, apartados a y b, establece que: «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella» y «a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección».

³²⁵ Por su parte, el PIDCP se limita a reconocer en el art. 14.3, apartado d, el derecho de toda persona acusada de un delito [...] «a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo».

³²⁶ Es interesante observar que el derecho a la información de los derechos procesales básicos fue recogido junto al derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación penal en el Estatuto de Roma (arts. 55.2 (a) y 67.1 (a) ER), cuyo modelo de justicia penal ha tenido una influencia importante en la construcción del modelo europeo.

³²⁷ Sobre el derecho a ser informado en los procesos penales resultan de gran interés, entre las numerosas sentencias adoptadas por el TEDH: la sentencia de 25 de julio de 2000, asunto *Mattoccia c. Italia*, petición n. 23969/94, apartados 60 y 71; la sentencia de 30 de agosto de 1990, asunto *Fox, Campbell y Hartley*, petición n. A 182, apartado 40; la sentencia de 25 de marzo de 1999, asunto *Pélissier y Sassi c. Francia*, petición n. 25444/94, apartado 54; sentencia de 19 de diciembre de 1989, asunto *Kamasinski c. Austria*, petición n. 9783/82, apartado 79; y la sentencia de 19 de diciembre de 1989, asunto *Brožicek c. Italia*, petición n. 10964/84, apartado 41.

El derecho a ser informado en los procesos penales constituye un instrumento para dar contenido al carácter público de un procedimiento, basado en el principio acusatorio, el cual junto al principio de contradicción y de igualdad de armas son garantía de su equidad³²⁸. El carácter público de los procesos penales es funcional a la protección de los justiciables, que, de tal forma, pueden contar con una Administración de justicia transparente y la salvaguardia de la confianza en los Tribunales, de acuerdo con los objetivos del CEDH. El segundo, el principio de contradicción, del que deriva el derecho a un juicio contradictorio, implica que tanto la acusación como la defensa deben tener la oportunidad de conocer y comentar las observaciones y las pruebas presentadas por la otra parte.

Por otra parte, hemos de observar que el derecho a la información está relacionado estrictamente con el derecho a disponer del «tiempo suficiente»³²⁹ y de las «facilidades necesarias» para la preparación de la defensa. El derecho a preparar la defensa se configura como un derecho «doblemente instrumental», porque forma parte del conjunto de garantías contempladas en el art. 6.3, cuyo fin es la consecución de un proceso equitativo, y porque es un «derecho pensado como medio para hacer posible otro: el derecho de contradicción»³³⁰.

³²⁸ En la sentencia del TEDH de 23 de abril de 1997, asunto *Van Mechelen y otros c. Países Bajos*, petición n. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, apartado 49, se hace notar que las exigencias del apartado 3 del artículo 6 representan aspectos concretos del derecho de un proceso equitativo garantizado por el apartado 1.

³²⁹ A este propósito, por ejemplo, en la Sentencia del TEDH, de 11 de diciembre de 2007, asunto *Drassich c. Italia*, petición n. 25575/04, el TEDH declaró que el derecho a ser informado de la acusación junto al derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para preparar la defensa había sido vulnerado, puesto que al demandante se le había imputado un delito distinto sin informarle con la debida antelación. Todo ello le había impedido ejercer su derecho a la defensa en forma concreta y efectiva, sin posibilidad de realizar las alegaciones pertinentes.

³³⁰ SANCHÍS CRESPO, C., «Derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., 255-286.

El derecho a preparar la defensa no puede ejercitarse de forma inmediata sino que es necesario que el justiciable sea informado de que se le acusa y después necesitará de un tiempo mínimo y un contexto favorable para poder hacer efectivo tal derecho. Por lo tanto, la vulneración del derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación determinará también la violación del derecho a preparar la defensa. En este sentido, el acusado, junto a su abogado o solo, en los supuestos de autodefensa debe tener la oportunidad de organizar su defensa de manera apropiada y sin restricciones, así como la posibilidad de plantear todos los argumentos de la defensa pertinentes. La cuestión de la adecuación del tiempo y las facilidades ofrecidas a un acusado debe evaluarse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, dependiendo de su gravedad³³¹. Entre las «facilidades» necesarias para la preparación de su defensa, se pueden incluir el derecho de acceso al expediente³³² y los resultados de las investigaciones llevadas a cabo durante todo el proceso³³³.

Otro derecho procesal que integra la categoría de los derechos de la defensa es el derecho a «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra»³³⁴, que el CEDH reconoce en el art. 6.3 (d) CEDH. Según el TEDH, este derecho constituye un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo (6.1

³³¹ TEDH, sentencia de 15 de noviembre de 2007, asunto *Galstyan c. Armenia*, petición n. 2698603, apartado 84; TEDH, sentencia de 26 de noviembre de 2009, asunto *Dolenec c. Croacia*, petición n. 2528206, apartado 208.

³³² TEDH, sentencia de 6 de marzo de 2012, asunto *Leas c. Estonia*, petición n. 59577/2008, apartado 80.

³³³ TEDH, sentencia de 18 de marzo de 1997, asunto *Foucher c. Francia*, petición n. 10/1996/629/812, apartados 26-38.

³³⁴ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M^a., «Derecho al interrogatorio de testigos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 333-360.

CEDH), que debe ser considerado debidamente en cualquier valoración de la equidad del procedimiento³³⁵.

El derecho mencionado implica que el demandado debe tener la posibilidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando bien en una fase posterior del procedimiento. Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 CEDH³³⁶.

A continuación, el CEDH reconoce el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, si es necesario designado de oficio. Este derecho aunque no sea un derecho absoluto se considera como un elemento, entre otros, de la noción de juicio equitativo en materia penal³³⁷. Dos son las condiciones, según el TEDH, de acuerdo con el párrafo c) del artículo 6.3 CEDH para disfrutar de tal derecho: la primera, consiste en la ausencia de «medios para pagar» al defensor y, por otra parte, la existencia de «intereses para la justicia». Estos últimos dependerán de la severidad de la sanción en que la persona implicada en el procedimiento penal correría el riesgo de incurrir y de la complejidad del asunto, atendiendo también a las condiciones personales del reo³³⁸.

³³⁵ TEDH, sentencia de 26 de abril de 1991, asunto *Asch c. Austria*, petición n. 12398/86, apartado 25.

³³⁶ TEDH, sentencia de 27 de febrero de 2001, asunto *Lucà c. Italia*, petición n. 33354/96, apartado 40.

³³⁷ TEDH, sentencia de 13 de mayo de 1980, asunto *Artico c. Italia*, petición n. 6694/74, apartado 32.

³³⁸ TEDH, *Quaranta/Suiza*, cit., apartado 27 y ss; TEDH, *Salduz c. Turquía*, cit., apartado 51.

Sin embargo, aunque el CEDH reconozca a todo acusado el derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor (...)» el artículo 6.3 c) CEDH no precisa las condiciones de su ejercicio, sino que deja a los Estados Contratantes la elección de los medios que permitan a su sistema judicial garantizarlo. Por tanto, al TEDH le corresponderá la tarea de indagar si la vía utilizada es conforme a las exigencias de un proceso equitativo, teniendo en cuenta que la designación de un abogado no asegura por sí misma la efectividad de la asistencia que puede procurar al acusado³³⁹.

Por otra parte, aunque el CEDH no lo reconozca expresamente, el Tribunal recuerda también que la persona sometida a detención preventiva tiene derecho a ser asistida por un abogado desde los primeros estadios de los interrogatorios policiales³⁴⁰. Un acceso rápido a un abogado forma parte de las garantías procesales a las que el Tribunal presta una atención particular cuando examina la cuestión de saber si un procedimiento ha aniquilado o no la sustancia misma del derecho a no contribuir a la propia incriminación. En esta fase, por un lado, el acusado será particularmente vulnerable y por otra parte las pruebas obtenidas serán susceptibles de determinar el marco en el que la infracción imputada será examinada en el procedimiento.

El derecho de acceso a un abogado puede ser sometido a restricciones cuando estas sean justificadas y no puedan privar al acusado de un proceso equitativo³⁴¹. De tal forma, se pretende proteger al acusado contra toda coerción abusiva por parte de las autoridades, contribuyendo a prevenir los errores

³³⁹ TEDH, *Imbrioscia c. Suiza*, cit., apartado 38; TEDH, *Artico c. Italia*, cit., apartado 33.

³⁴⁰ Al respecto se reenvía a los principios contenidos en las siguientes sentencias: TEDH, *Salduz c. Turquía*, cit., apartados 50-62; TEDH, sentencia de 9 de febrero de 2010, asunto *Boz c. Turquía*, petición n. 2039/04, apartados 33-36; TEDH, sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto *Adamkiewicz c. Polonia*, petición n. 54729/00, apartados 82-92.

³⁴¹ TEDH, sentencia de 16 de octubre de 2001, asunto *Brennan c. Reino Unido*, petición n. 39846/98, apartado 45, y TEDH, sentencia de 6 de junio de 2000, asunto *Magee c. Reino Unido*, petición n. 28135/95, apartado 44.

judiciales y a realizar los fines perseguidos por el art. 6 CEDH, principalmente la igualdad de armas entre las autoridades de investigación y enjuiciamiento y el acusado³⁴².

Y finalmente, el último apartado del art. 6.3.e) CEDH establece el derecho de todo acusado «a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia». El CEDH, como se puede observar, no contiene ninguna referencia expresa al derecho a un traductor. Sin embargo, dicha laguna ha sido colmada por el TEDH, que en sus pronunciamientos, ha contribuido a elaborar su contenido esencial³⁴³, a partir del art. 6.3.e) CEDH.

Tales derechos, que se configuran como derechos fundamentales de incidencia procesal, instrumentales a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, asumen una importancia clave en los procedimientos judiciales de carácter transfronterizo, puesto que, de esta forma, el sospechoso o acusado puede conocer los derechos procesales que le corresponden y los cargos que se le imputan, participar en el proceso penal y defenderse efectivamente, explicando al Tribunal su versión de los hechos³⁴⁴.

³⁴² TEDH, *Salduz c. Turquía*, cit., apartado 53.

³⁴³ GARRIDO CARRILLO, F. J./FAGGIANI, V., «La armonización de los derechos procesales en la UE», *RGDC*, n. 16, abril 2013, pp. 1-40.

³⁴⁴ Sobre el derecho a un intérprete y traductor, se reenvía, entre otros, a los siguientes estudios: JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «El derecho fundamental a ser asistido por un abogado y por un intérprete», en ORTEGA ARJONILLA, E., *La traducción e interpretación jurídicas en la UE. Retos para la Europa de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2008, pp. 463-498. PARRA GARCÍA, J. L., «La interpretación y traducción en el ámbito de la cooperación judicial de la UE», en ORTEGA ARJONILLA, E., *op. cit.*, pp. 711-732. MARQUANT, H., «El espacio judicial europeo y la traducción/interpretación comunitaria en el ámbito jurídico-judicial», en ORTEGA ARJONILLA, E., *op. cit.*, pp. 49-76. JIMENO BULNES, M., «Acceso a la interpretación y traducción gratuitas», en ARANGÜENA FANEGO, C., *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea...*, cit., pp. 155-183. PARDO IRANZO, V., «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 361-391. HERTOOG, E., *Aequitas: access to justice across language and culture in the EU*, Lessius Hogeschool,

En este sentido, la «participación efectiva» en el proceso penal requiere que el acusado tenga una comprensión global de la naturaleza del proceso y de lo que se le imputa, con la inclusión de la gravedad de la pena que se le puede imponer, permitiéndole explicar a sus propios abogados su versión de los acontecimientos, manifestar, en su caso, su desacuerdo e informarles de cualquier hecho deba ser presentado en su defensa.

Por eso, en el caso de que el justiciable no pueda participar efectivamente en el proceso porque tiene dificultades a entender y hablar el idioma del proceso, se le deberá asegurar la asistencia de un intérprete o traductor. De lo contrario, se vulneraría su derecho a participar activamente en el proceso. Asimismo, en el caso de que la persona implicada en el procedimiento fuera especialmente vulnerable, por tener, por ejemplo, problemas de audición o de habla o porque, a causa de sus trastornos mentales, no es plenamente capaz de actuar por su cuenta, se deberían adoptar garantías procesales especiales a fin de permitir una participación efectiva en el procedimiento.

La traducción e interpretación de todos los documentos y declaraciones que sean necesarios³⁴⁵ para que el denunciado, imputado o acusado pueda defenderse

Departement Vertaler-Tolk, 2001. HERTOG, E., *Aequalitas: equal access to justice across language and culture in the EU: Grotius project 2001/GRP/015*, Lessius Hogeschool, Departament Vertaler-Tolk, 2003. KEIJZER-LAMBOOY, H./JAN GASILLE, W., *Aequilibrium: Instruments for Lifting Language Barriers in Intercultural Legal Proceedings*, ITV Hogeschoolvoor Tolken, Vertalen, 2005. AMALFITANO, C., «Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali», *Studi int. eur.*, n. 1, 2011, pp. 83-110.

³⁴⁵ Sobre la violación del derecho a la traducción de los documentos esenciales del proceso, vid.: TEDH, *Brozicek c. Italia*, cit.. En dicha sentencia el TEDH afirmó la violación del art. 6 (3) (a). En cambio, en el asunto *Kamasinski c. Austria*, constató que no hubo violación del art. 6 (3)(a); en el asunto *Conka c. Belgium* afirmó la violación del art. 5(1); en el asunto *Hermi c. Italia*, que no hubo violación del art. 6 y en la sentencia de 28 de noviembre de 1978, asunto *Luedicke, Belkacem and Koç c. Alemania*, peticiones n. 6210/73, 6877/75 y 7132/75, afirmó que hubo violación del art. 6(3)(e).

adecuadamente, con el objeto de preservar todas las garantías procesales en el desarrollo del juicio, deberá ser gratuita³⁴⁶.

Además del derecho a un traductor, el CEDH tampoco reconoce en forma expresa el derecho a no declarar contra sí mismo, ni el derecho a guardar silencio³⁴⁷, ni el derecho a estar presente en el proceso³⁴⁸. Tales derechos, sin embargo, entran a todos los efectos, según el TEDH, en el ámbito de aplicación del art. 6 CEDH en virtud del reenvío a las normas internacionales, generalmente reconocidas. Al respecto, se considera que estos derechos «subyacen en la esencia misma de la noción de un proceso equitativo» y su «finalidad en concreto es proteger al acusado contra una coacción abusiva por parte de las autoridades, y evitar de este modo los errores judiciales»³⁴⁹.

El derecho a no auto-incriminarse concierne al respeto de la determinación de un acusado a guardar silencio y presupone que, en un asunto penal, la acusación intenta basar sus argumentos sin recurrir a elementos de prueba obtenidos a través de la coacción o de las presiones, en definitiva, sin tener en

³⁴⁶ El carácter gratuito de la asistencia de un intérprete ha sido afirmada, entre otras, por el TEDH, *Luedicke, Belkacem y Koc c. Alemania*, apartado 46 y ss. En este caso, el Estado (Alemania) intentó sin éxito recuperar los costes de interpretación después de la condena. Y en la sentencia *Kamasinski c. Austria*, el TEDH extendió dicho principio a la traducción del expediente procesal. El procesado, según el TEDH, tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, tanto en las declaraciones orales en el trascurso de la audiencia, como con respecto a los documentos escritos y la fase de la instrucción previa (TEDH, sentencia de 18 de octubre de 2006, asunto *Hermi c. Italia*, petición n. 18114/02, apartado 69).

³⁴⁷ TEDH, sentencia de 14 de octubre de 2010, asunto *Brusco c. Francia*, petición n. 1466/07, apartado 44.

³⁴⁸ Por eso, el TEDH, sentencia de 1º de marzo de 2006, asunto *Sejdovic c. Italia*, petición n. 56581/00, afirmó que el art. 6 CEDH había sido vulnerado por una condena penal pronunciada en ausencia al no haber sido el imputado informado en forma efectiva y en un tiempo debido del procedimiento penal a su cargo, al no haber renunciado en forma inequívoca a su derecho a comparecer en la audiencia y al no preverse en el *codice di procedura penale* italiano un mecanismo efectivo que permita al condenado en ausencia después de la sentencia que una jurisdicción se pronuncie *ex novo* sobre el fondo de la acusación, tras haberle oído de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 CEDH.

³⁴⁹ TEDH, sentencia de 10 de marzo de 2009, asunto *Bykov c. Rusia*, petición n. 4378/02, apartado 92; TEDH, sentencia de 28 de octubre de 1994, asunto *Murray c. Reino Unido*, petición n. 14310/88, apartado 45.

cuenta la voluntad del acusado. Por otra parte, la comparecencia de un acusado, aunque no constituye un derecho absoluto reviste una importancia capital en interés de un proceso penal justo y equitativo³⁵⁰ y la obligación de garantizar al acusado el derecho a estar presente en la sala de audiencias –bien en el primer juicio contra él o en un nuevo juicio– es uno de los elementos esenciales del artículo 6 CEDH³⁵¹. Si bien no reconocida en términos expresos, la facultad para el acusado de tomar parte en la audiencia deriva del objeto y fin del conjunto del CEDH. Por consiguiente, las garantías contempladas en el art. 6.3 CEDH no se podrían concebir sin su presencia³⁵².

Y aunque el procedimiento que se desarrolla en ausencia del imputado no es por sí mismo incompatible con el derecho a un proceso equitativo, se considerará un supuesto de «flagrante denegación de justicia», un procedimiento «manifiestamente contrario a las disposiciones del art. 6 CEDH o a los principios ahí consagrados»³⁵³, cuando un individuo condenado *in absentia* no puede obtener ulteriormente que una jurisdicción vuelva a deliberar, después de haber escuchado sobre el fondo de la acusación en hecho como en derecho, cuando no se haya acertado que ha renunciado a su derecho a comparecer y a defenderse³⁵⁴ o que este haya tenido la intención de sustraerse a la justicia.

Y por último, de lo dispuesto en el CEDH, el TEDH deduce la posibilidad de renunciar, en forma expresa o tacita³⁵⁵, a un derecho garantizado por el CEDH siempre y cuando la renuncia sea inequívoca y cuente con las garantías

³⁵⁰ TEDH, sentencia de 22 de septiembre de 1994, asunto *Lala contra Países Bajos*, apartado 33; TEDH, *Sejdovic c. Italia*, cit., apartado 81.

³⁵¹ TEDH, *Hermi*, cit., apartados 58 y 59; TEDH, sentencia de 24 de marzo de 2005, asunto *Stoichkov c. Bulgaria*, petición n. 9808/2002, apartado 56.

³⁵² TEDH, *Sejdovic c. Italia*, cit., apartado 81; TEDH, sentencia de 12 de febrero de 1985, asunto *Colozza c. Italia*, petición n. 9024/80, apartado 27.

³⁵³ TEDH, *Sejdovic*, cit., apartado 84.

³⁵⁴ TEDH, *Sejdovic c. Italia*, cit., apartado 82; TEDH, *Colozza*, cit., apartado 29; TEDH, *Somogyi c. Italia*, cit., apartado 66.

³⁵⁵ TEDH, *Sejdovic c. Italia*, cit., apartado 86.

mínimas, dependiendo también de las circunstancias del caso concreto y de la gravedad del asunto, y no afecte a un interés público importante.

3. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS PROCESALES A TRAVÉS DEL CEDH

3.1. El papel armonizador del TEDH en el ámbito procesal penal

En este epígrafe, se pretende indagar el papel armonizador del TEDH en el ejercicio de su función jurisdiccional supranacional³⁵⁶ y su incidencia en la garantía de los derechos fundamentales de carácter procesal. Para comprender su incidencia en la creación de estándares mínimos comunes en el ámbito penal se ha considerado oportuno antes individualizar las principales características y funciones del TEDH, para pasar al estudio de las principales técnicas utilizadas por este órgano jurisdiccional.

El TEDH es el primer «órgano de control jurisdiccional externo»³⁵⁷, de justiciabilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en un Convenio internacional, el CEDH, que junto a la voluntad democrática de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa le otorga la legitimación necesaria para el desempeño de sus funciones. Su institución se

³⁵⁶ Sobre el importante papel del Tribunal Europeo de derechos humanos en la protección de los derechos fundamentales, vid.: ZAGREBELSKY, V., «I giudici dei diritti fondamentali in Europa», *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 2011, pp. 227-232. ZAGREBELSKY, V., «Quei giudici europei che difendono i diritti dell'uomo», *La stampa*, 7.02.2012. ZAGREBELSKY, V., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato», *Centro Studi sul Federalismo*, Turín, 7.02.2012, pp. 1-12. ZAGREBELSKY, V., «Giustizia: quei diritti umani che l'Italia non assicura...», *La Stampa*, 3.05.2012. MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit.. RAIMONDI, G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, IIª ed., Editoriale Scientifica, Nápoles, 2008. GARCÍA ROCA, F. J., «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos», *RIDPC*, n. 5, 2006, pp. 139-182. COSTA, J. P., «On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments», *EuConst*, vol. 7, n. 2, 2011, pp. 173-182. TEGA, D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milán, 2012. WEIß, W., «Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon», *EuConst*, vol. 7, n. 1, pp. 64-95. HEDIGAN, J. J., «The European Court of Human Rights: Yesterday, Today and Tomorrow», *Ger. Law J.*, vol. 12, n. 10, 2011, pp. 1716-1729.

³⁵⁷ ZAGREBELSKY, V., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato», cit., sobre el punto, vid. p. 3.

enmarca en el «proceso de progresiva protección de los derechos fundamentales y libertades públicas»³⁵⁸, que ha sido impulsado tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.

De tal forma, mediante la institución de un órgano jurisdiccional supraestatal, como el TEDH, los Estados del Consejo de Europa pretendían realizar una unión más estrecha, reafirmando su profunda adhesión a las libertades fundamentales, que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento se asienta en un régimen político verdaderamente democrático y en una concepción y respeto comunes de los derechos humanos invocados por ellos, en virtud del mismo espíritu que anima a los Gobiernos europeos, en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, un mínimo común denominador constitucional, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho³⁵⁹.

Los Estados decidieron atribuir a un órgano jurisdiccional supranacional la función de interpretar y aplicar los principios y valores procesales fundamentales universalmente compartidos y recogidos en el CEDH con el objeto de instituir un orden constitucional europeo, con el objeto de eliminar progresivamente las diferencias entre los Estados, aproximando o acercando sus ordenamientos. De tal forma, mediante la adopción de estándares mínimos en el ámbito penal, los Estados intentaban sustraerse a la «irracionalidad» de eventuales tendencias iliberales o de periodos de especial emergencia, que pudieran endurecer las políticas penales sancionadoras³⁶⁰.

³⁵⁸ TEGA, D., *op. cit.*, p. 2.

³⁵⁹ Preámbulo del CEDH.

³⁶⁰ MANES, V., «Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., p. 4. Al respecto, el autor evocando la imagen de Ulises en ELSTER, J., *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l’irrazionalità*, il Mulino, Bologna, 1979, afirma: «Anche qui sembra calzante l’immagine di Ulisse di fronte alle sirene, forse la metafora più suggestiva del costituzionalismo moderno: un po’ come l’eroe greco

Esto ha permitido al TEDH convertirse progresivamente en el «juez de los derechos y de las libertades», permitiéndole desarrollar, mediante la interpretación y aplicación del CEDH y de sus Protocolos, a partir de los casos concretos (*case law*), que cada vez se le han ido presentando, un verdadero papel armonizador. En virtud de su *ratio decidendi* y de la autoridad del precedente, el TEDH ha creado estándares mínimos comunes de tutela también en materia de justicia penal, que han podido circular y penetrar también en los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa, gracias a la «batalla permanente»³⁶¹, a la que se enfrenta el TEDH con los demás órganos jurisdiccionales que integran el sistema europeo. Esta batalla, caracterizada por una tensión dialéctica constante entre los distintos niveles en los que el sistema se articula, en algunos casos, ha permitido reforzar el diálogo «virtuoso y abierto»³⁶², y otras veces, en cambio, ha generado choches y conflictos, dejando al ordenamiento ante un equilibrio inestable³⁶³.

El enfoque sustancial del *case-law*³⁶⁴, de la «lógica por armonización de los problemas»³⁶⁵ utilizado por el TEDH, que responde a exigencias de garantía,

consapevole delle proprie debolezze, i legislatori nazionali – in un’Europa che andava costruendosi sulle macerie dei totalitarismi – hanno accettato di legarsi a vincoli che potessero sottrarli all’irrazionalità delle più diverse tentazioni illiberali, ed alle più variegate stagioni dell’emergenza che – ciclicamente – irretiscono le politiche punitive; hanno accettato di sottomettersi ad un diritto più alto e condiviso per riaffermarsi come “Stato di diritto”».

³⁶¹ COSTA, J. P., «On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments», *EuConst*, vol. 7, n. 2, 2011, pp. 173-182. Al respecto, el autor afirma: «*human rights require a permanent battle, because they can never be taken for granted. ‘It is my belief,’ you said, ‘that the European human rights protection system, as it was first set up and has been enhanced by 50 years of case law, has all the necessary characteristics to guarantee it a promising future»* (p. 174).

³⁶² MANES, V., «Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., p. 65.

³⁶³ TEGA, D., *op. cit.*, p. 24.

³⁶⁴ Sobre el punto vid.: MANES, V., «L’incidenza delle fonti sopranazionali in materia penale nello specchio della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana», en MEZZETTI, L./PIZZOLO, C. (coords.), *Diritto costituzionale transnazionale, Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna*, cit., p. 431. Según el autor: «*del resto la natura*

está funcionalmente orientado a encontrar una solución de síntesis a través de una fusión de modelos con el objeto de alimentar el carácter dinámico, que caracteriza este proceso circular, y superar las diferencias existentes entre las distintas tradiciones constitucionales. De ahí, la necesidad de reforzar el diálogo con los jueces nacionales, desarrollando un proceso circular de transposición judicial (*judicial transposition*) y palingenesis estructural de principios ya acogidos en los ordenamientos constitucionales nacionales. Tales principios, a través de su reformulación en el ámbito internacional adquieren una nueva declinación (*judicial transplant*)³⁶⁶. De tal forma, se pretenden alcanzar estándares de tutela comunes funcionales a la consolidación de un sistema armónico e integrado, pero también se impulsa a los Estados partes a que se conformen a sus pronunciamientos en una actitud dialogante.

En este sentido y desde una perspectiva multinivel de protección de los derechos fundamentales, esto es considerando las interrelaciones normativas entre los distintos espacios de garantía, se puede concluir que la efectividad de la tutela judicial en cada supuesto es el fruto de una combinación virtuosa que requiere una comparación entre los distintos niveles de protección (el nivel nacional, el nivel propiamente europeo y el nivel europeo-convencional) al fin de alcanzar «la máxima expansión de las garantías», también a través del desarrollo de las potencialidades ínsitas en las normas constitucionales que tienen por objeto los mismos derechos³⁶⁷.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha ofrecido a los Estados miembros del Consejo de Europa y sobre todo a los Estados miembros de la UE una nueva imagen del derecho penal y de su función en el marco de la

eminente "casistica" specie della giurisprudenza della Corte Edu, alimenta una funzione "prismatica" capace di irradiare e vascolarizzare il contenuto valoriale delle diverse garanzie in una miriade di fattispecie che consentono di illuminarne gli aspetti più interstiziali, aspetti magari rimasti in ombra nell'applicazione domestica dei corrispondenti principi» (p. 431).

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 432.

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 434 y ss.

³⁶⁷ Corte Cost. 317/2009, 30.11.2009.

construcción de un sistema protección de los derechos humanos común, que trasciende las fronteras estatales. De acuerdo con esta nueva concepción del derecho penal, el individuo ya no se concibe solo como «límite» al ejercicio del *ius puniendi*, sino que se convierte en «objeto de la tutela penal»³⁶⁸. Por lo tanto, el derecho penal deviene un instrumento, que tiene que ser accionado obligatoriamente por los Estados, respetando algunas reglas mínimas para tutelar tanto a la víctima de las lesiones de sus derechos fundamentales, como a toda persona sospechosa o inculpada de haber cometido un supuesto típico delictivo.

3.2. Técnicas para la construcción del contenido esencial de los derechos procesales

3.2.1. Los recursos ante el TEDH

La armonización de los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa por parte del TEDH se ha llevado a cabo mediante la interpretación y aplicación del CEDH y de sus Protocolos. Su jurisdicción tiene carácter permanente, automático y se configura como instrumento subsidiario, que ostenta una *Kompetenz-Kompetenz*, en una relación de complementariedad funcional con los órganos jurisdiccionales internos. Esto significa que todo Estado signatario al adherirse al CEDH acepta automáticamente la jurisdicción del TEDH. Y siendo subsidiaria, su jurisdicción solo se puede activar como

³⁶⁸ VIGANÒ, F., «Obblighi convenzionali di tutela penale?», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 243-298. Como afirma el autor: «un'attento esame della giurisprudenza di Strasburgo mostra, tuttavia, il graduale emergere di una prospettiva affatto diversa, che mira ad una tutela dei diritti fondamentali dell'individuo non più "dal", ma mediante il diritto penale. Una prospettiva, più in particolare, che vede il diritto riconosciuto all'individuo non più come soltanto limite alla pretesa punitiva statale, ma come oggetto necessario della tutela penale. La Corte, in effetti, guarda sempre più spesso al diritto penale non come ad uno strumento – necessario – di compressione dei diritti fondamentali del destinatario della norma incriminatrice, bensì come ad uno strumento che a certe condizioni deve essere obbligatoriamente azionato dallo Stato a tutela della vittima delle lesioni di taluni diritti fondamentali» (vid. p. 244-245).

extrema ratio, después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende de acuerdo con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva³⁶⁹. Es importante precisar que no se trata de un «cuarto grado de juicio»³⁷⁰, puesto que el TEDH se limita a comprobar que el procedimiento ha sido equitativo y que se ha desarrollado en el respeto a los requisitos establecidos en el CEDH, sin poder llegar a reformar las decisiones de los jueces nacionales.

El TEDH se puede pronunciar en el ámbito de recursos interestatales y de recursos individuales directos. En los primeros, el TEDH tiene competencia para conocer de los recursos interpuestos por parte de un Estado en el ámbito de asuntos de carácter interestatal (art. 33 CEDH)³⁷¹, ante cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos, que pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante, e imponerles la obligación de reparación. En cambio, mediante los recursos individuales directos, se otorga competencia al TEDH, aunque en este caso sin entrar en el fondo de las medidas estatales, cuando los particulares se consideren «víctimas de una violación por una de las Altas Partes

³⁶⁹ El art. 32 CEDH regula el recurso individual y el art. 35 las condiciones de admisibilidad.

³⁷⁰ En tal sentido, vid. CHENAL, R./GAMBINI, F./TAMIETTI, A., *op. cit.*, p. 6.

³⁷¹ El art. 33 CEDH que se ocupa de los recursos interestatales dispone que: «Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante» y el art. 34 CEDH, que regula las demandas individuales, dispone que: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho». Sobre el proceso ante el TEDH: GARDINO CARLI, A., *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processuali*, Giuffrè, Milán, 2005. FOCARELLI, C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padua, 2001. RANDAZZO, B., «Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale», *Rivista AIC*, n. 4, 2011, pp. 1-40.

Contratantes» (art. 34 CEDH). Antes se preveía el filtro de una Comisión, el cual ha sido eliminado, en 1998, tras la entrada en vigor del Protocolo n. 11³⁷².

Los recursos individuales, que asumen los caracteres de un amparo europeo, se han convertido en uno de los «pilares esenciales del sistema europeo de tutela de los derechos fundamentales»³⁷³. De tal forma, se han sustraído, por primera vez, las libertades individuales a la esfera de injerencia exclusiva del Estado, encomendando su protección a un órgano jurisdiccional supraestatal, el TEDH, que ha acabado convirtiéndose en un «instrumento constitucional del orden público europeo»³⁷⁴. Mediante dicho recurso, los particulares han devenido sujetos de derecho internacional, adquiriendo la legitimación necesaria para invocar la tutela judicial efectiva ante un órgano jurisdiccional supraestatal en defensa de sus derechos y libertades frente a la actuación de un Estado, sustrayéndolos, de tal forma, a su «dominio reservado» y creando un «sistema objetivo de tutela»³⁷⁵, que pone a los Estados signatarios y a los particulares, que son partes en el proceso, en un plano de igualdad procesal, con los mismos derechos y deberes.

³⁷² Los recursos individuales directos fueron introducidos por el Protocolo n. 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, adoptado en Estrasburgo, el 11 de mayo de 1994.

³⁷³ ZAGREBELSKY, V., «La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 69-107. Sobre el punto, vid. p. 70.

³⁷⁴ TEDH, sentencia de 28 de julio de 1998, *Loizidou c. Turquía*, petición n. 40/1993/435/514, apartado 48. GARCÍA ROCA, F. J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teor. Real. Const.*, n. 30, 2012, pp. 183-224. Según el autor, el Convenio Europeo es un *tratado sui generis*, ya que, teniendo cuerpo de «tratado», alberga alma de «instrumento constitucional del orden público europeo» (p. 186).

³⁷⁵ MANES, V., «Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 6.

3.2.2. Las categorías autónomas

La técnica de las «naciones autónomas» se puede considerar como «un método de formación de un derecho común»³⁷⁶, funcionalmente orientado a colmar «la falta de precisión»³⁷⁷, el carácter quizás demasiado general de las disposiciones de carácter penal contenidas en el Convenio y «la ausencia de homogeneidad de las legislaciones nacionales», con el fin de elaborar una definición uniforme, un mínimo común denominador, que debe ser respetado por los Estados signatarios del CEDH. Mediante esta técnica, el TEDH ha elaborado, entre otras, la noción de «tribunal»³⁷⁸ y de «procedimiento penal», de «acusación en materia penal» y de «pena»³⁷⁹, los tres denominados «criterios Engel», y ha intentado formular el contenido esencial de los derechos y de las garantías del justiciable, explícitamente o implícitamente –este es el caso como ya hemos apuntado del derecho a un traductor y del derecho a ser informado de los derechos procesales– reconocidos en el CEDH y de institutos procesales que garantizan su efectividad, impulsando la construcción de un marco mínimo europeo en materia procesal penal.

³⁷⁶ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, L., *op. cit.*, pp. 322.

³⁷⁷ Ídem.

³⁷⁸ La noción de «*tribunal en sentido material*» fue elaborada a partir de la sentencia de 29 de abril de 1988, asunto *Belilos c. Suiza*, petición n. 10328/83. En dicha noción el TEDH no se limita a considerar únicamente la jurisdicción en sentido tradicional, entendida como jurisdicción ordinaria del país de referencia sino que abarca a toda «autoridad», con plenitud de jurisdicción, a quien le corresponde resolver, con arreglo a «normas jurídicas y después de un procedimiento organizado», «toda cuestión de su competencia». Todo tribunal deberá satisfacer una serie de requerimientos, como la independencia, la imparcialidad y deberán ser predeterminados por ley. De tales requisitos, según el TEDH, depende, «la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, empezando por las partes en el proceso».

³⁷⁹ Y en lo que se refiere a la definición de «pena», el TEDH, en la sentencia de 9 febrero 1995, asunto *Welch c. Reino Unido*, petición n. 17440/90, apartado 28, deduce que el punto de partida para una apreciación sobre la existencia de una pena consiste en determinar, atendiendo lo dispuesto en el artículo 7.1, segunda frase, si la medida en cuestión se impone tras una condena por «infracción» y también se pueden considerar pertinentes la naturaleza y el fin de la medida en cuestión, su calificación en derecho interno, los procedimientos asociados a su adopción y a su ejecución, así como su gravedad.

El análisis de los principales perfiles de la sentencia *Engel*, que constituye el *leading case* en este ámbito, permite comprender cómo el TEDH trabaja con las categorías autónomas y el significado que tales nociones asumen. En dicha sentencia, que tiene por objeto la presunta violación del art. 6 CEDH, el TEDH se interroga sobre la existencia en el caso concreto de una acusación en materia penal o de un procedimiento disciplinario. El TEDH es consciente de que todos los Estados contratantes distinguen, desde hace tiempo, si bien con formas y grados diversos, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. Los primeros ofrecen a las personas involucradas en el procedimiento algunas ventajas sustanciales, por ejemplo, en lo que concierne a las penas impuestas, que son generalmente más suaves, no figuran como antecedentes penales y tienen consecuencias más limitadas; en cambio, en los segundos, el justiciable puede contar con mayores garantías³⁸⁰.

Sin embargo, el TEDH, una vez consideradas las soluciones de los Estados miembros en dicho ámbito, se pregunta si estas son o no determinantes a la luz del Convenio, o si, dicho de otra manera, el art. 6 CEDH dejaría de aplicarse en el caso de que los órganos competentes de un Estado contratante califiquen de disciplinarias una acción u omisión y los procedimientos dirigidos contra su autor o, por el contrario, se aplicaría, en ciertos casos, a pesar de esta calificación. Ahora bien, el TEDH resuelve estas cuestiones, acudiendo a la técnica de las nociones autónomas y aplicándola, ante todo, al concepto de «acusación en materia penal» (primer criterio *Engel*)³⁸¹. Según el TEDH, la palabra «acusación» debe interpretarse en el sentido del Convenio. Este último permite a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, así como fijar sus límites, si bien con formas y grados diversos y bajo ciertas condiciones. Los Estados están legitimados a tipificar

³⁸⁰ TEDH, *Engel y otros*, cit., apartado 80.

³⁸¹ *Ibidem*, apartado 81.

como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege. Si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o perseguir al autor de una infracción «mixta» disciplinariamente con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 CEDH se encontraría subordinado a su voluntad soberana. Sin embargo, un margen de apreciación tan elevado conllevaría el riesgo de llegar a resultados incompatibles con el fin y el objetivo del Convenio. Por esta razón, se considera conveniente que el TEDH tenga competencia para asegurarse, atendiendo al art. 6 CEDH, que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal.

Para averiguar si existen los supuestos para una acusación en materia penal, según el TEDH, los jueces deberían dar los siguientes pasos: en primer lugar, deberían comprobar si los textos normativos que definen el supuesto típico delictivo cuestionado pertenecen al derecho penal, al derecho disciplinario o tengan un carácter mixto. Este criterio constituye un simple punto de partida, tiene un mero carácter formal y relativo, que se deberá analizar «a la luz del denominador común de las legislaciones respectivas de los diversos Estados contratantes».

Una vez aclarada la noción de «acusación en materia penal», el TEDH pasa a considerar la «naturaleza de la sanción» en relación a si el «grupo destinatario» (segundo criterio *Engel*) de tales normas ostenta un estatuto específico, como en el caso de los militares, objeto de la sentencia referida, o si se tratara de un grupo general, puesto que dependiendo de las circunstancias correspondería aplicar el derecho disciplinario y no el derecho penal. Y por último, el TEDH comprueba el «tipo» y la «gravedad» de la sanción a imponer (tercer criterio *Engel*), puesto que las sanciones penales que generalmente están destinadas a afectar a la libertad personal tendrán esencialmente una finalidad represiva,

según la «gravedad de la cuestión, las tradiciones de los Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona».

Del análisis del caso *Engel*, se observa que las «categorías autónomas» son el fruto de la elaboración jurisprudencial del TEDH a partir de la interpretación de las disposiciones contenidas en el CEDH y en sus Protocolos, con una relevancia implícita o explícita en materia penal, atendiendo a su objeto y fin³⁸² y prescindiendo del significado y de la calificación que asumen en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales³⁸³. Mediante tales categorías, el TEDH intenta elaborar un mínimo denominador común. Tal operación hermenéutica se caracteriza por una «asimetría o tensión» constante³⁸⁴, entre, por un lado, la interpretación de los conceptos enunciados en el Convenio y, por otro, el significado que tales conceptos asumen en los ordenamientos internos, debido a que la clasificación que de tales categorías hacen los ordenamientos internos no siempre puede ser determinante para individualizar el significado que asumen en el Convenio.

Por lo tanto, en la formulación de tales nociones, el TEDH deberá intentar elaborar un núcleo mínimo común, que los Estados tendrán que respetar y que a la vez les deje un margen de apreciación, que les permita adaptar tales estándares mínimos a las características de sus ordenamientos internos, sin perjudicar su autonomía. Por lo tanto, de acuerdo con el art. 53 CEDH, el TEDH no podrá realizar una interpretación que limite o perjudique aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos atendiendo a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte. El respeto de las obligaciones internacionales no puede

³⁸² Art. 31.1 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

³⁸³ ZAGREBELSKY, V., «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 74-76. Sobre las «nociones autónomas» de ley y de materia «penal» a los efectos del CEDH, vid.: pp. 74-87.

³⁸⁴ LETSAS, G., «The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR», *Eur J Int Law*, vol. 15, n. 2, 2004, pp 279-305. Sobre el punto, en particular, vid. p. 282.

comportar nunca una reducción del nivel de tutela con respecto a las garantías establecidas por el ordenamiento interno, sino que dicho texto puede y debe ser un eficaz instrumento de ampliación de la misma (*maximum standard*)³⁸⁵, prefiriendo el nivel de tutela cualitativamente más elevado, aunque reconocido en uno solo de los Estados miembros. Por lo tanto, las personas, que se encuentren en uno de los Estados miembros de la UE, pueden ejercer «sus derechos a partir del estándar mínimo exigido por el Convenio Europeo sin que, sobre los derechos que integran este sistema, puedan existir más restricciones que las previstas en el mismo», y todo ello sin perjuicio de que «si la regulación derivada del sistema interno de derechos les resulte más favorable, será esta la que, como consecuencia del carácter de mínima garantía del Convenio, deberá serles aplicada»³⁸⁶.

3.2.3. El margen de apreciación como mecanismo de reparto de jurisdicciones

El TEDH no impone la uniformización de los sistemas jurídicos de Europa, más bien otorga a los Estados contratantes un margen de discrecionalidad en la elección de los medios para asegurar que sus sistemas jurídicos sean conformes a las exigencias derivadas del art. 6 CEDH. Por lo tanto, la función del TEDH no es indicar los medios a utilizar, sino verificar que el resultado alcanzado sea conforme al CEDH³⁸⁷.

³⁸⁵ En este sentido, el art. 53 CEDH, con respecto al nivel de protección de los derechos humanos reconocidos establece que: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte».

³⁸⁶ FREIXES SANJUÁN, T., «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa», *Cuad. const. Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 11-12, 1995, pp. 97-115.

³⁸⁷ TEDH, sentencia de 30 de junio de 2001, asunto *Vaudelle c. Francia*, petición n. 35683/97, apartado 57.

De ahí, la necesidad de que el TEDH, en la elaboración de tales categorías y en general del contenido de sus pronunciamientos, respete el reparto de jurisdicciones o competencias³⁸⁸, dejando a los Estados signatarios del CEDH un margen de apreciación en la elección de los medios necesarios para permitir a sus sistemas de justicia alcanzar las obligaciones *ex art. 6 CEDH*³⁸⁹. El margen de discrecionalidad de los Estados³⁹⁰ variará dependiendo de las características del *case law* y de las problemáticas, que este plantee, con el fin de encontrar, mediante la ponderación de los distintos intereses en juego, un punto de equilibrio entre las diferentes regulaciones que caracterizan a los Estados europeos³⁹¹. Esto significa que, aunque grave sobre los Estados una «obligación

³⁸⁸ DONATI, F./MILAZZO, P., «La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en FALZEA, P./SPADARO, A./VENTURA, L. (coords.), *Quaderni del "Gruppo di Pisa". La Corte Costituzionale e le Corte d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 65-117. En particular, sobre el punto, vid. p. 74.

³⁸⁹ TEDH, *Sejdovic c. Italia*, cit., apartado 83.

³⁹⁰ Con respecto al margen de apreciación de los Estados Miembros: MAHONEY, P., «Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism», *HRLJ*, n. 19, 1998, pp. 1-6. GARCÍA ROCA, F. J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor: Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario, 2010. ID: «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teor. Real. Const.*, n. 20, 2007, pp. 117-143.

³⁹¹ La técnica del margen de apreciación ha sido elaborada por el TEDH a partir del art. 15 CEDH, con respecto a las medidas a adoptar en los estados de excepción. Dicho artículo, que constituye la única cláusula derogatoria horizontal del Convenio, se ha extendido progresivamente a todos los supuestos en los que la adopción de determinadas medidas comportan una restricción de derechos fundamentales, como el derecho a la libertad y seguridad personal o el derecho a un proceso con todas las garantías. La cláusula horizontal contenida en el art. 15 CEDH legitima a los Estados partes: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» a adoptar «medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional». Sin embargo, en el segundo apartado, se hace referencia también a algunos derechos considerados inderogables: el derecho a la vida, salvo el supuesto de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, la prohibición de tortura, de la esclavitud o servidumbre y el principio de legalidad penal. La cláusula derogatoria contenida en el art. 15 CEDH tiene esencialmente los siguientes objetivos: por un lado, pretende evitar un ejercicio arbitrario de los poderes de excepción, mediante el establecimiento de estándares mínimos, la consiguiente suspensión o derogación de las normas concernientes a los derechos fundamentales y la salida de parte de los Estados de la

de resultado», estos gozan de un cierto margen de libertad en la elección de las formas y de los instrumentos a través de los que alcanzar tales objetivos³⁹².

La técnica del margen de apreciación permite adaptar el CEDH, convirtiéndolo en un «instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las actuales condiciones de vida, de la evolución»³⁹³ y las normas generalmente aceptadas de la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en esta materia, a fin de que sus garantías sean concretas y efectivas y no meramente teóricas o ilusorias³⁹⁴. Además, siendo el CEDH un Tratado internacional, tales disposiciones se deberán interpretar a la luz de su objetivo y finalidad, teniendo en cuenta el principio de utilidad³⁹⁵.

El margen de apreciación nacional, según GARCÍA ROCA, se puede definir como una «regla de división de jurisdicciones»³⁹⁶ «garantistas de derechos»

Convención cuando surja una situación de emergencia; y por otro, pretende garantizar la aplicación del CEDH también en las situaciones de emergencia.

³⁹² TEDH, *Colozza c. Italia*, cit., apartado 30.

³⁹³ El criterio del margen de apreciación, en virtud de la interpretación sustancial-constitucional, dinámica y evolutiva, realizada por el TEDH, en la búsqueda del *consensus* de la Comunidad integrada por los Estados del Consejo de Europa, se articula a partir de las disposiciones contenidas en el CEDH, cuyo contenido es muy general y, en algunos casos, ambiguo. De tal forma, el TEDH, especificando el sentido y alcance de tales derechos y libertades con el objeto de salvaguardarlo y adaptarlo al contexto socio-cultural y al espíritu de la sociedad en un determinado momento, acaba impulsando su respeto en los Estados miembros de la UE. HELGESEN, J. E., «What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?», *The European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2011, pp. 1-13. BENVENISTI, E., «Margin of appreciation, consensus and universal standards», *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, n. 4, 1999, pp. 843-854.

³⁹⁴ Al respecto, vid.: TEDH, sentencia de 13 de mayo de 1980, asunto *Artico c. Italia*, petición n. 6694/74, apartado 33. También el Tribunal de Justicia en reiterados pronunciamientos ha hecho referencia a la sentencia *Artico c. Italia*. Entre estos, vid.: Tribunal de Justicia, sentencia de 14 de diciembre de 2006, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, C-283/05, en la que se afirma: «Ahora bien, del CEDH, en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se desprende que los derechos de defensa derivados del derecho a un juicio justo que recoge el artículo 6 de dicho Convenio exigen una protección concreta y real que garantice el ejercicio efectivo de los derechos del demandado» (apartado 27).

³⁹⁵ Art. 18, Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. TEDH, sentencia de 4 de febrero de 2005, asunto *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, peticiones n. 46827/1999 y 46951/1999, apartado 123.

³⁹⁶ GARCÍA ROCA, F. J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, cit., pp. 115 y ss.

«entre las comunidades nacional y europea», que, de tal forma y como consecuencia del principio de subsidiariedad, devienen complementarias. Esto significa que, por un lado, al TEDH le corresponde definir el contenido esencial, «lo fundamental» y «común», de tales derechos en los distintos ámbitos de protección y, por otra parte, a la jurisdicción estatal le corresponde adaptar tales parámetros a su contexto particular y a sus especificidades, con el fin de «garantizar una administración equitativa de la justicia a través de las garantías del justo proceso»³⁹⁷. En este sentido, si bien aplicado, el margen de apreciación nacional resulta ser una técnica funcionalmente orientada a realizar la «integración europea a través de los derechos» o «una Europa de los derechos».

Por otra parte, es importante precisar que no siempre el TEDH, mediante el margen de apreciación, consigue definir tal contenido mínimo en forma suficientemente adecuada, resultando esta una técnica demasiado imprecisa, un instrumento de geometría variable³⁹⁸, cuya eficacia depende de las particularidades del caso concreto de que se trata y de las implicaciones políticas que podrían derivar de la adopción de un determinado pronunciamiento. En algunos casos el respeto de las garantías que integran el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías puede llegar también a entrar en conflicto con la exigencia de seguridad y de salvaguarda del orden público. De ahí, la necesidad de que la medida restrictiva impuesta sea «necesaria en un sociedad democrática» y exista «una relación de proporcionalidad entre los instrumentos, las medidas adoptadas y las finalidades que se persiguen». Este criterio interpretativo se dirige tanto a los Estados en el momento de la adopción de medidas que restrinjan los derechos fundamentales, como al órgano jurisdiccional, al cual le corresponde evaluar la conformidad, la necesidad y la exigibilidad de tales medidas.

³⁹⁷ Ídem.

³⁹⁸ Ibídem, pp. 118 y ss.

Como se puede observar del análisis de la jurisprudencia de Estrasburgo, el TEDH suele conceder un «amplio margen de apreciación» a los Estados en la determinación de la naturaleza y del alcance de las medidas derogatorias que estime «necesarias» para contrarrestar una situación particularmente controvertida. Sin embargo, cuando tales medidas comporten la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH, este es el caso del derecho a la libertad (art. 5 CEDH) o del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH), el TEDH deberá también asegurarse de que dichas medidas sean proporcionadas a la gravedad de la situación, que puedan, de verdad, contrarrestar el estado de excepción y de que existan garantías contra eventuales abusos (casos *Brannigan y McBride*, y *Aksoy*)³⁹⁹.

También es importante considerar que la técnica del margen de apreciación entra en juego no solo, como se acaba de constatar, en la fase ascendente de elaboración de las sentencias del TEDH sino también en la fase descendente, esto es de aplicación y de ejecución de sus sentencias por parte de los Estados⁴⁰⁰. Estos, en virtud del art. 46 CEDH, que establece la fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal, se comprometen a acatar sus pronunciamientos definitivos y darles ejecución. Por lo tanto, cuando el TEDH constata una violación del Convenio o de sus Protocolos, el Estado demandado tendrá la obligación legal no solo de pagar a los interesados las sumas concedidas en concepto de indemnización (artículo 41 CEDH), sino también de adoptar todas las medidas generales o individuales necesarias, siempre y cuando esos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia del Tribunal⁴⁰¹. En particular, cuando el TEDH detecte en el Estado demandado la existencia de

³⁹⁹ STEDH, asunto *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, de 25 de mayo de 1993, peticiones n. 14553/89; 14554/89; STEDH, asunto *Aksoy c. Turquía*, de 18 de diciembre de 1996, petición n. 21987/93.

⁴⁰⁰ GARCÍA ROCA, F. J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, cit., pp. 313 y ss.

⁴⁰¹ TEDH, sentencia de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, petición n. 3922198 y 4196398, apartado 249; TEDH, sentencia de 17 de septiembre de 2009, asunto *Scoppola c. Italia* (n. 2), petición n. 1024903, apartado 147.

un problema estructural o sistémico u otra disfunción, que haya dado lugar a la presentación de recursos parecidos, puede decidir aplicar la *pilot-judgement procedure*.

3.2.4. La técnica de las sentencias piloto

Mediante la *pilot-judgement procedure*, el TEDH adopta una sentencia, en la que indica la naturaleza del problema estructural o sistémico o de la disfunción que este ha constatado y el tipo de medidas correctivas que el Estado interesado deberá adoptar en el nivel interno para darle aplicación y podrá fijar un plazo determinado para la adopción de las medidas indicadas, teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas requeridas y la rapidez con la que se puede remediar.

En dichos pronunciamientos, el TEDH constata si se ha producido una violación del CEDH en casos determinados, que revelen la existencia de una disfunción, indica a los Estados como eliminarla y los exhorta a adoptar medidas internas para resolver casos caracterizados por el mismo problema estructural. En la aplicación de este mecanismo, el TEDH tendrá en cuenta sus implicaciones prácticas y políticas y el ordenamiento interno de referencia. Este enfoque jurisprudencial adoptado, por primera vez, en la sentencia *Broniowski c. Polonia* del 2004⁴⁰², ha sido posteriormente recogido en el art. 61, Reglamento del TEDH, de 1º de abril de 2011, y su importancia ha sido reiterada en la conferencia de Brighton⁴⁰³.

⁴⁰² TEDH, sentencia de 28 de septiembre de 2005, *Broniowski c. Polonia*, petición n. 31443/1996.

⁴⁰³ Durante la Conferencia de Brighton, el Reino Unido propuso reconocer expresamente en el Convenio una referencia al margen de apreciación nacional, sin embargo, finalmente, la propuesta no fue aceptada. RAIMONDI, G., «La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte Europea dei Diritti dell'uomo», *Rivista AIC*, n. 3, 2012, pp. 1-5. ZAGREBELSKY, V., «Note sulle conclusioni della conferenza di Brighton “per assicurare l'avvenire della Corte Europea dei diritti dell'uomo», *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-5.

Mediante las sentencias piloto, el TEDH ha conseguido cambios importantes, llegando a modificar institutos procesales previstos en los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa y a reconocer algunos principios fundamentales⁴⁰⁴, ampliando el nivel de tutela otorgado a los derechos procesales afectados. Tales cambios responden a la necesidad y a la urgencia de armonizar los ordenamientos jurídicos internos, adaptándolos a las tendencias procedentes del ámbito europeo. De tal forma, el TEDH no se limita a ser juez del caso concreto sino que, exhortando a los Estados a adoptar medidas destinadas a incidir en los supuestos concretos, sus pronunciamientos acaban teniendo efectos *erga omnes*, permitiendo al TEDH adquirir a todos los efectos el papel de juez de los derechos y de las libertades fundamentales⁴⁰⁵.

En la mayoría de las sentencias piloto, que tienen por objeto derechos procesales, el TEDH ha constatado la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la ausencia de un recurso para los particulares para hacer valer su derecho⁴⁰⁶. Respecto a su contenido, se observa que el TEDH no se ha

⁴⁰⁴ APRILE, E., «I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 509-546.

⁴⁰⁵ EPIDENDIO, T. E., «Giurisprudenza CEDU e processo penale: casi concreti», <http://fondazioneforensebs.it/>, 2013, pp. 1-28. Según el autor, el carácter fundamental de las sentencias piloto es el reconocimiento de una doble naturaleza de las sentencias del TEDH: la primera dirigida a incidir en el caso concreto con la condena a la indemnización o a la *restitutio in integrum*; la otra, tendente a *hacer inmanente* en los ordenamientos internos, en el caso específico el ordenamiento italiano, un principio que estima haber sido vulnerado por el sistema interno tal como expresado por el *derecho vivo*, concretamente el principio de contradicción desde el perfil de la acusación, también en el juicio de legitimidad. El alcance de la sentencia europea evidenciaría una violación de sistema relativa al principio del proceso debido configurado por el art. 6, 3, a) y b) del CEDH, que requiere la intervención del juez nacional para evitar exponer al Estado al incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas.

⁴⁰⁶ El TEDH, en la sentencia de 02 de septiembre 2010, asunto *Rumpf c. Alemania*, petición n. 46344/06, y en la sentencia de 21 de diciembre de 2010, asunto *Vassilios Athanasiou y Others c. Grecia*, petición n. 50973/08, constató la excesiva duración de los procedimientos ante los tribunales administrativos y la falta de un recurso interno a través del que obtener reparación por la excesiva duración de los procedimientos. En las sentencias de 10 de mayo de 2011, asuntos *Dimitrov y Hamanov c. Bulgaria*, petición n. 48059/06 y

limitado solo a constatar su vulneración sino que ha procedido al reconocimiento de algunos principios de naturaleza penal susceptibles de incidir directamente en los derechos del justiciable, como en el caso de la sentencia, de 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italia*, petición n. 10249/03, en la que se ha reconocido el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, adaptando su orientación jurisprudencial a los importantes cambios que se han producido a nivel internacional. En particular, es interesante observar que en dicho pronunciamiento se invoca el art. 49.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, en aquel momento solo proclamada, que reconoce en forma expresa el principio de la retroactividad de la ley penal más leve, la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia en el caso *Berlusconi*, en la que se ha considerado dicho principio como parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y el Estatuto de Roma de la CPI. El TEDH concluye, afirmando que el art. 7.1 CEDH no consagra solo el principio de la irretroactividad de las leyes penales más severas, sino también e implícitamente, el principio de la retroactividad de la ley penal más leve⁴⁰⁷.

En la más reciente sentencia de la Gran Sala, de 21 de octubre de 2013, en el caso *Del Río Prada c. España* (petición n. 42750/09)⁴⁰⁸, el TEDH afirma la vulneración del principio de legalidad penal (no hay pena sin ley), reconocido en el art. 7 CEDH, considerando que, desde el 3 de julio de 2008, la privación de libertad de la demandante, en virtud de la aplicación de la denominada «doctrina

2708/09, el TEDH constató la excesiva duración de los procedimientos civiles y penales y la falta de un recurso interno, concediendo a los demandantes la posibilidad de obtener el reconocimiento de su derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Asimismo, en la sentencia de 20 de marzo de 2012, asunto *Ümmühan Kaplan c. Turkey*, petición n. 24240/07, el TEDH constató la violación del derecho a un proceso en un plazo razonable en el ámbito de casos de carácter administrativo, civil, penal, mercantil y ante la jurisdicción laboral y de la tierra. Y por último, el TEDH constató la irrazonable duración de los procedimientos también en la sentencia de 03 de abril de 2012, asunto *Michelioudakis c. Grecia*, petición n. 54447/10, y en la sentencia de 31 de julio de 2012, asunto *Manushaqe Puto and Others c. Albania*, peticiones n. 604/07, 43628/07, 46684/07 and 34770/09.

⁴⁰⁷ TEDH, *Scoppola c. Italia*, cit., apartados 108 y 109.

⁴⁰⁸ TEDH, sentencia de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada c. España*, petición n. 42750/09.

Parot», adoptada por el Tribunal Supremo tras su condena, no es regular y vulnera el derecho a la libertad y seguridad (art. 5.1)⁴⁰⁹. Por consiguiente, según el TEDH, el Estado demandado tendrá que garantizar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible. La demandante no podía prever tal modificación y por esta razón tuvo que cumplir una pena de prisión de una duración superior a la que le correspondía, según el sistema vigente en el momento de su condena. España acató el pronunciamiento del TEDH y puso inmediatamente en libertad a la demandante.

3.3. El impacto de la jurisprudencia del TEDH en los sistemas penales internos.

3.3.1. El «caso español»

El TEDH, instituido inicialmente como juez del caso concreto con la función de evaluar desde el exterior y adoptando un enfoque sustancial si un Estado ha vulnerado los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, ha conseguido ir más allá, penetrando progresivamente en los ordenamientos internos de sus Estados signatarios. Por todo ello, se ha considerado interesante analizar en esta sede la incidencia de la jurisprudencia del TEDH en España y en Italia por los distintos efectos, que sus pronunciamientos han tenido en tales ordenamientos y en modo especial en sus Constituciones procesales penales.

En lo que concierne a España, del análisis de las estadísticas elaboradas por el TEDH, se observa que el porcentaje de sentencias condenatorias contra este

⁴⁰⁹ GIMENO SENDRA, J. V., «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley*, n. 8307, 2014. ALCÁCER GUIRAO, R., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos - La “doctrina Parot” ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Rev. derecho com. eur.*, año 16, n. 43, 2012, pp. 929-952. DÍAZ GÓMEZ, A., «La “doctrina Parot” y sus aspectos formales y constitucionales: a propósito de la sentencia 21 de octubre de 2013 del TEDH», *RGDP*, n. 20, 2013.

Estado es bastante reducido con respecto a su población⁴¹⁰. Esto se puede explicar sobre todo por la importancia que asume en este ordenamiento el recurso de amparo, que funciona como un «filtro»⁴¹¹. Por otra parte, respecto del contenido de sus pronunciamientos, se constata que, al contrario que en muchos otros países del Consejo de Europa, el TEDH ha hecho uso de la técnica de las sentencias piloto en relación con demandas interpuestas contra España solo en el asunto *Del Río Prada* (21 de octubre de 2013)⁴¹². No obstante, también en el ordenamiento español, el TEDH ha detectado la presencia de algunas deficiencias sistémica, debidas a la falta de regulación adecuada de determinados institutos, de desarrollo o correcta adaptación a su específico marco jurídico de principios fundamentales, que determinan la vulneración de los derechos garantizados en el CEDH. De ahí, la necesidad de adoptar las medidas oportunas para eliminar tales defectos.

En esta labor de adaptación del ordenamiento interno al contenido de las sentencias del TEDH ha tenido y sigue ostentando un papel determinante el Tribunal Constitucional, que ha mostrado, desde los comienzos de su actividad jurisdiccional, una actitud favorable hacia el CEDH. El TC, mediante el reenvío *ex art. 10.2 C.*⁴¹³ a los tratados internacionales en materia de derechos humanos

⁴¹⁰ Al respecto vid. los siguientes documentos: Memoria del TC relativa a la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con España, 2013: http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Documents/2013_Anexo_IV.pdf) y EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Analysis of statistics 2013, January 2014 (http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2013_ENG.pdf)

⁴¹¹ LÓPEZ GUERRA, L.M., «Prólogo», en ALCÁCER GUIRAO, R./BELADIEZ ROJO, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Conflicto y diálogo con Europa las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 1-36.

⁴¹² TEDH, *Río Prada C. España*, cit..

⁴¹³ Sobre la adhesión de España al Consejo de Europa, vid. el INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA INSERCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, 14.02.2008. En dicho informe el Consejo de Estado resalta la importancia de la adhesión de España al sistema del Consejo de Europa. Al respecto, se afirma que: «También nuestra pertenencia al Consejo de Europa significa una muy relevante incidencia sobre nuestro sistema jurídico, especialmente en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cuya interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 vincula a los jueces españoles a tenor de lo que dispone el artículo 10.2 de la Constitución» (v. p. 2). Es importante poner de relieve que los convenios y acuerdos adoptados en el marco del Consejo

ratificados por España, entre los que se incluye implícitamente el CEDH, ha conseguido ampliar el catálogo de derechos consagrados en el art. 24 de su Constitución, incluyendo también derechos no contemplados en forma expresa. En la sentencia 130/2002, el TC afirma que «el conjunto de derechos establecidos en el art. 24 C., dirigidos a garantizar una tutela judicial efectiva de los intereses legítimos y derechos de las personas, no se agota con el mero respeto de las garantías allí enumeradas establecidas de forma evidente a favor del procesado». Dicho artículo, según el TC, «incorpora, también, el interés público en un juicio justo, cuya relevancia constitucional no es posible desconocer, garantizado en el art. 6 del CEDH, instrumento hermenéutico insoslayable para la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución (art. 10.2 CE), donde quedan intactas las garantías que asisten a todos sus partícipes y, especialmente, de quien se ve sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado»⁴¹⁴.

Un ejemplo muy interesante del diálogo entre el TEDH y el TC⁴¹⁵ es representado por la cuestión concerniente al derecho del justiciable al doble grado de jurisdicción, es decir «a no ser gravado más en su condena o a no ser condenado, si ha sido absuelto en la primera instancia, como consecuencia de una nueva valoración de las pruebas, efectuada por el Tribunal de la segunda

de Europa tienen un rango inferior a la Constitución española (arts. 95 C. y 27.2.c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre), aunque supralegislativo en lo que concierne a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas (v. p. 289 y ss.). Sobre la importancia del art. 10.2 de la Constitución española vid.: SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.

⁴¹⁴ STC 130/2002, de 3 de junio de 2002, FJ 3.

⁴¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008. LÓPEZ GUERRA, L. M^a., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teor. Real. Const.*, n. 32, 2013, pp. 139-158. RIPOL CARULLA, S., «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*, vol. 66, n. 1, 2014, pp. 11-53. ID, «Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH», *REDC*, año 27, n. 79, 2007, pp. 309-346.

instancia, que requiere la intermediación del tribunal»⁴¹⁶. Este derecho, que no está reconocido en forma expresa en el art. 24 C., ha sido incorporado al marco constitucional español por el TC, a través de la progresiva recepción de la jurisprudencia dictada por el TEDH⁴¹⁷. Su reconocimiento se ha llevado a cabo por varias fases, desde la STC 167/2002, sobre escuchas telefónicas, que lo recogió aunque solo parcialmente. En dicho pronunciamiento se afirmó la supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia y del derecho de defensa, tras una condena pronunciada en apelación sin necesidad de celebrar vista pública por no modificar los hechos probados, pero sin oír al acusado⁴¹⁸.

El TC volvió a reformular su precedente orientación jurisprudencial, sometiendo la segunda instancia no solo al respeto del principio de intermediación, que sigue siendo el presupuesto para que el órgano juzgador pueda evaluar correctamente el material probatorio, sino también a la garantía del derecho de audición en la sentencia 184/2009, dictada a raíz del pronunciamiento del TEDH de 2008 en el asunto *Igual Coll*⁴¹⁹, y después en las sentencias n. 45/2011, de 11 de abril, y 142/2011, de 26 de septiembre⁴²⁰.

⁴¹⁶ GIMENO SENDRA, V., «El derecho a un proceso con todas las garantías: el principio acusatorio y el derecho a la intermediación del Tribunal “*ad quem*” en la valoración de la prueba de carácter personal», en DÍAZ MARTÍNEZ, M./GIMENO SENDRA, V./MORENILLA ALLARD, P./TORRES DEL MORAL, A., *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, pp. 459-478. Sobre el punto, vid. p. 477. Sobre el derecho a la doble instancia en el ordenamiento español, vid. también: ALCÁCER GUIRAO, R., «Igual Coll C. España (STEDH de 10 de marzo de 2008) las garantías del proceso equitativo en la segunda instancia penal», en ALCÁCER GUIRAO, R./BELADIEZ ROJO, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Conflicto y diálogo con Europa las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 285-312. ID, «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación», *Indret*, n. 1, 2012, pp. 1-45.

⁴¹⁷ Al respecto, vid. por ejemplo la sentencia del TEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbatani contra Suecia*, petición n. 10563/83.

⁴¹⁸ SSTC 167/2002, 18 de septiembre, y 170/2002, de 30 de septiembre.

⁴¹⁹ TEDH, sentencia de 10 de marzo de 2008, asunto *Igual Coll c. España*, petición n. 37496/04.

⁴²⁰ El derecho a la doble instancia jurisdiccional, que fue recogido por primera vez en la sentencia del TC 167/2002, FFJJ 9 a 11, fue después desarrollado en números pronunciamientos, entre los que cabe citar: SSTC 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1; 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2;

Según el TC, «del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) deriva la exigencia de que únicamente el órgano judicial ante el que se practiquen, con plena contradicción y publicidad, puede valorar las pruebas personales. Por ello, ha de considerarse quebrantado aquel derecho cuando la sentencia absolutoria de la primera instancia es revocada en apelación y sustituida por una condenatoria, o bien por una que empeora la situación del recurrente si hubiera sido ya condenado, y la resolución revocatoria se fundamenta en una diferente valoración de las declaraciones personales»⁴²¹. En dicho asunto, el TC otorgó el amparo solicitado, tras constatar «la infracción del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio»⁴²². De tal forma, el TC ha procedido a crear una «garantía adicional del acusado: un derecho de audiencia personal» y a considerarlo como parte integrante del derecho de defensa⁴²³, con el fin de que el acusado pueda demostrar ante al juez su inocencia.

Otro ejemplo interesante de la incidencia de las sentencias del TEDH en la «Constitución procesal penal» del ordenamiento español se halla en la garantía de la imparcialidad. El derecho a un juez imparcial no está recogido expresamente en la Constitución española; el TC lo ha deducido de los principios constitucionales de independencia de los Jueces y Tribunales y de sumisión expresa del Juez a la ley (art. 117.1 CE)⁴²⁴ y ha desarrollado, ampliado y precisado su contenido esencial, considerándolo parte del derecho a un

120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4; 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2; 215/2009, de 30 de noviembre, FJ 2 y 127/2010, de 29 de noviembre, FJ 2.

⁴²¹ Sentencia 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 2.

⁴²² *Ibidem*, FJ 4.

⁴²³ ALCÁCER GUIRAO, R., «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación», cit., p. 31.

⁴²⁴ SSTC 113/1987, de 3 de julio, y 145/1998, de 30 de junio.

proceso con todas las garantías a partir de las sentencias condenatorias dictadas por el TEDH contra España al respecto⁴²⁵.

Y por último, en esta sede, se ha considerado interesante hacer referencia a la cuestión concerniente a la ausencia en el ordenamiento español de una regulación específica de la reapertura de procedimientos judiciales con el objeto de que los Jueces ordinarios puedan revisar las sentencias penales firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH. Aunque los particulares perjudicados por la sentencia hayan solicitado la reapertura del procedimiento, sirviéndose por ejemplo del recurso de amparo, el TC ha estimado un recurso de tales características solo en la sentencia 245/1991, adoptada tras el pronunciamiento del TEDH en el caso *Barberá, Messegué y Jabardo* (1988)⁴²⁶.

En esta sentencia el TC⁴²⁷ establece algunos criterios y requisitos concurrentes para que en el supuesto de violaciones parecidas se justifique la concesión del amparo: a) la violación debe haberse producido en el ámbito de un proceso penal, en el que estén en juego bienes jurídicos de particular relevancia como la libertad personal (art. 17.1 C.), b) debe seguir siendo actual, es decir produciendo consecuencias negativas para los particulares afectados y c) no puede ser reparada por su equivalente económico.

Según el TC, la violación de las «reglas legales constitutivas de garantías esenciales del procedimiento, que asegura el art. 6.1 del Convenio Europeo», implica la vulneración del «art. 24 C., en particular, en la referencia al derecho a un proceso público con todas las garantías, contenida en el art. 24.2 C.», cuya interpretación se debe realizar de conformidad con el primero, que a su vez «al

⁴²⁵ SSTC 145/1988, de 12 de julio, y 39/2004, de 22 de marzo.

⁴²⁶ TEDH, *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, cit.. Al respecto, vid. PEITADO MARISCAL, P., «Castillo Algar C. España (STEDH de 28 de octubre de 1998): el derecho a un juez imparcial», en ALCÁCER GUIRAO, R./BELADIEZ ROJO, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Conflicto y diálogo con Europa las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 187-222.

⁴²⁷ Sobre esta sentencia, se reenvía también al INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA INSERCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, 14 de febrero de 2008, pp. 306 y ss.

tratarse de una pérdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, resulta también lesivo del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.»⁴²⁸.

Por lo tanto, ante la persistente vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24.2 C, que implica a la vez la violación del art. 17.1 C., y de la que la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 no es sino el último hito, el TC afirma que, en el desempeño de su función de garante de los derechos fundamentales, que le corresponde «en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada de la infracción de aquel derecho», procede «declarar la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y corregir y reparar la violación del derecho fundamental, teniendo en cuenta las características de la condena»⁴²⁹.

El TC no considera el art. 240 LOPJ un límite para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión consistentes en haber recaído sentencia firme. Además, haciendo hincapié en su sentencia 185/1990 reitera que el recurso de amparo es «en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios»⁴³⁰.

Por lo tanto, la nulidad de actuaciones que no le está permitido pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo sentencia firme, sí le está dado pronunciarla al TC por la vía del recurso de amparo. En consecuencia, el art. 55.1 LOTC permite que puedan ser anuladas por este Tribunal sentencias firmes y, como tales, intangibles frente a los órganos judiciales. Sin embargo, esta ha sido una situación excepcional en la que se ha permitido proceder a la reapertura del procedimiento; en los demás casos la ausencia de una regulación específica

⁴²⁸ STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 3.

⁴²⁹ *Ibidem*, FJ 5.

⁴³⁰ STC 185/1990, de 15 de noviembre, en particular FJ 4.

de este instituto en el ordenamiento español crea una situación bastante contradictoria, que pone al particular ante la imposibilidad de que sus pretensiones fundadas en derecho y estimadas positivamente por el TEDH, sean también satisfechas de forma plena y efectiva en el ámbito del ordenamiento español⁴³¹.

De estos sumarios ejemplos, se constata la importante incidencia de la jurisprudencia del TEDH en el desarrollo de la Constitución procesal penal de España y el importante papel asumido en dicha labor por el TC. Mediante la incorporación de la doctrina del TEDH, el TC no solo ha conseguido ampliar el contenido esencial de los derechos del justiciable, reconocido en el art. 24 C., sino que, acatando y ejecutando las sentencias del primero, le ha reconocido autoridad y el valor de órgano jurisdiccional externo de *última ratio* para la protección de los derechos humanos fundamentales y la salvaguarda de los principios esenciales del Estado de Derecho.

3.3.2. El «caso italiano»

Como se constata en el Informe Anual del Gobierno Italiano de 2013⁴³², el sistema judicial y administrativo de este país presenta todavía perfiles de «estructura crítica», que requieren de una intervención y de reformas específicas para reaccionar a esta situación. Aunque la posición de Italia resulte

⁴³¹ En relación con la necesidad de garantizar la reapertura del procedimiento interno tras una sentencia condenatoria del TEDH, vid. la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados sobre la reapertura y el reexamen de procedimientos nacionales a consecuencia de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (recomendación (2000) 2, de 19 de enero).

⁴³² Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi, Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, «L'esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato italiano, Legge 9 gennaio 2006, n. 12, Relazione al Parlamento, anno 2013», en http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/relazione_annuale/relazione_2013.pdf.

tendencialmente estable con respecto a los recursos pendientes, se registra un ligero crecimiento de su volumen en los que figura como demandado (1,3 %). La mayoría de las demandas se refieren a «violaciones en serie», bajo el perfil del retraso en la ejecución de los decretos «Pinto»⁴³³ y a algunas cuestiones que han asumido importancia solo recientemente, entre las que, por su relevancia en el ámbito penal, es oportuno mencionar el problema del hacinamiento de las cárceles.

El TEDH ha pronunciado contra Italia un número relevante de «sentencias piloto», en las que se ha puesto de relieve la existencia de disfunciones sistémicas o estructurales de compatibilidad con el CEDH⁴³⁴, que podrían dar

⁴³³ *Legge Pinto: durata ragionevole del processo ed equa riparazione, 24.03.2001 n° 89, G.U. 03.04.2001, modificata dal D.L. 8 aprile 2013, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 6 giugno 2013, n. 64 e dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134.*

⁴³⁴ El CEDH ha sido ratificado por Italia por la *Legge 4 agosto 1955 n. 848 (in GU 24 settembre 1955 n. 221)* y está en vigor desde el 26 de octubre de 1955. El valor y rango jurídico que el CEDH asume en el sistema de fuentes italiano ha sido aclarado por la *Corte Costituzionale* en las sentencias n. 348 y 349 de 2007, también rebautizadas como las «sentencias gemelas». Tales sentencias han establecido un nuevo marco de referencia, más acorde con la reforma del Título V de la Constitución, para los jueces comunes en sus relaciones, tanto con el CEDH, como con el TEDH, permitiendo pasar de una concepción formal y jerárquica de las relaciones entre fuente convencional y fuente constitucional, hacia una interpretación axiológico-sustancial del sistema, basada en el nivel de tutela más intensa. En dichas sentencias se atribuye a las normas del CEDH y a la autoridad que les otorga su interpretación por parte del TEDH el rango de «fuente interpuesta», sobre la base del art. 117.1 Const. it, que constituye el parámetro conforme al cual evaluar la legitimidad constitucional de dichas normas. Este último, al disponer que: «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto ... dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali*» se refiere a las normas internacionales convencionales y en modo especial al CEDH, las cuales adquieren el valor de «fuente sub-constitucional», es decir con rango subordinado a la Constitución pero intermedio entre esta y la ley ordinaria. Por consiguiente, la eventual incompatibilidad de una norma interna con tales normas, se traduce en una violación del parámetro *ex art. 117.1 C.* La exigencia de que las normas que integran el parámetro de constitucionalidad sean conformes a la Constitución, como afirma también la *Corte Costituzionale*, es absoluta e inderogable, para evitar la paradoja de que una norma legislativa sea declarada inconstitucional sobre la base de otra norma sub-constitucional a su vez contraria a la Constitución. Por lo tanto, el juez nacional, que es también juez común del CEDH, tendrá que realizar una doble operación interpretativa: convencional y constitucionalmente orientada. Por un lado, tendrá que realizar una interpretación «convencionalmente orientada», es decir respetuosa con la interpretación que de tales normas realiza el TEDH, en virtud de la competencia que los Estados miembros del Consejo de Europa le han otorgado y solo cuando no sea posible resolver tales antinomias en vía

lugar a recursos análogos, induciendo al ordenamiento interno a adoptar medidas para eliminar situaciones parecidas. Es suficiente pensar, por ejemplo, en la modificación legislativa del instituto de la repetición de los procesos penales celebrados *in absentia* (art. 175.2 *cpp.*), en la posibilidad de proceder a la revisión de las sentencias de condena como resultado de un proceso considerado no equitativo por el Tribunal de Estrasburgo, o, en relación más bien con la fase de la ejecución de la pena, en las consecuencias de la sentencia *Scoppola c. Italia* (n. 2)⁴³⁵ del 2009 en su determinación y en la más reciente sentencia *Torreggiani*⁴³⁶, con la que se ha condenado al Estado italiano por el hacinamiento en sus prisiones, considerándolo un problema estructural.

Respecto de las sentencias del TEDH en relación con los procesos pronunciados en rebeldía, en la sentencia de 18 de mayo de 2004, pronunciada

interpretativa, el juez común tendrá que plantear una cuestión de legitimidad constitucional ante la *Corte Costituzionale*, acudiendo al parámetro *ex art. 117 Const.* Pero, a la vez, la *Corte Costituzionale* deberá comprobar que la norma del CEDH, en su interpretación ofrecida por el TEDH, no entre en conflicto con otras normas de la Constitución italiana. En este supuesto «excepcional», se excluiría la operatividad del reenvío a la norma internacional, que por lo tanto no podría integrar el parámetro del art. 117.1 C., comportando la ilegitimidad de la ley de ejecución (sentencias n. 348 e n. 349 del 2007). Por otra parte, su valor de fuente interpuesta no legitimaría al juez ordinario a desaplicar (no aplicar) directamente, sobre la base del parámetro *ex art. 11 Const. it.*, la norma interna de que se trata, como en el caso de las disposiciones de derechos de la Unión directamente eficaces. En definitiva, el derecho interno tendrá que conformarse al CEDH, en la medida en que esta fuente supranacional sea compatible con lo dispuesto en la Constitución y asegure una ponderación equilibrada entre la exigencia de observar las obligaciones asumidas en el plano internacional y la tutela de otros bienes de adecuada relevancia constitucional. Sobre las «sentencias gemelas», entre los muchos comentarios, cfr. CARTABIA, M., «Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici», *Giur. Cost.*, vol. 52, n. 5, 2007, pp. 3564-3574. LAMARQUE, E., «Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana», *Corr. Giur.*, vol. 27, n. 7, 2010, pp. 955-965. GUAZZAROTTI, A., «La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, primo comma, Cost.», *Giur. cost.*, vol. 52, n. 5, 2007, pp. 3574-3579. RUGGERI, A., «La CEDU alla ricerca di una nuova identità tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)», *DPCE*, n. 1, 2008, pp. 215-222.

⁴³⁵ TEDH, *Scoppola c. Italia*, cit.. Con respecto a las consecuencias de la sentencia *Scoppola* vid. los siguientes estudios: VIGANÒ, F./ LAMARQUE, E., «Sulle ricadute interne della sentenza *Scoppola* (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)», *Dir. pen. cont.*, 31.04.2014, pp. 1-28.

⁴³⁶ TEDH, sentencia de 8 de enero de 2013, asunto *Torreggiani c. Italia*, petición n. 43517/09.

en el asunto *Somogy c. Italia*, petición n. 67972/01, y en la sentencia de 10 de noviembre de 2004, asunto *Sejdovic c. Italia*, petición n. 56581/00, el TEDH considera inidóneo el sistema de garantías a favor de la persona *in absentia* vigente en Italia, detectando la existencia de un problema estructural provocado por el mal funcionamiento de la legislación y de las praxis nacional.

En particular, en el asunto *Sejdovic c. Italia*, el TEDH constata la violación del art. 6 CEDH, en el caso de que se haya pronunciado una sentencia de condena *in absentia* de un imputado que no había sido informado de forma efectiva del procedimiento penal en su contra y que no había renunciado de forma inequívoca a su derecho a comparecer en el procedimiento y cuando después de tal condena el *CPP (Codice di Procedura Penale)* no prevea un mecanismo efectivo tendente a asegurar al condenado en rebeldía que una jurisdicción se pronuncie *ex novo* sobre el fundamento de la acusación, tras escucharlo en el respeto a las exigencias del art. 6 CEDH.

En el supuesto de una sentencia dictada *in absentia* que haya producido la vulneración del art. 6 CEDH, según el TEDH, el Estado tiene que establecer y regular las medidas apropiadas a un procedimiento ulterior que garantice la realización efectiva del derecho a la reapertura del procedimiento penal. El legislador italiano para conformarse al pronunciamiento del TEDH adoptó antes el *D.L., 21 febbraio 2005, n. 17, Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna*⁴³⁷ y, poco después, la *Legge 22 aprile 2005, n. 69, «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri»*⁴³⁸. En esta última se prevé que la autoridad judicial italiana rechazará

⁴³⁷ *Decreto-Legge, 21 febbraio 2005, n. 17, Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna (GU n.43 del 22-2-2005), entrato in vigore il 23-2-2005. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 22 aprile 2005, n. 60 (in G.U. 23/04/2005, n.94).*

⁴³⁸ Además en la *Legge 22 aprile 2005, n. 69, Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al*

la ejecución de una orden europea de detención emitida a los efectos de la ejecución de una pena o medida de seguridad, pronunciadas *in absentia*, en los casos en que el condenado no haya sido citado personalmente, ni haya sido informado de la fecha y lugar de la audición, si la autoridad judicial de emisión no de suficiente seguridad para garantizar a las personas objeto de la euroorden la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el Estado miembro de emisión y de estar presente en el juicio.

Y tras la sentencia del TEDH, de 11 de diciembre de 2007, en el asunto *Drassich c. Italia*, petición n. 25575/04, la *Corte Costituzionale* decidió modificar su anterior jurisprudencia sobre las garantías de la defensa en el supuesto de la recalificación del hecho, llegando a declarar en la sentencia 317/2009, la ilegitimidad constitucional del art. 175.2 cpp., en relación con el parámetro *ex art. 117.1* –con respecto al art. 6 CEDH, tal y como interpretado por el TEDH, 24 y 111.1 Const. it.–, «en la parte en que no permite la restitución del imputado, que no haya tenido efectivo conocimiento del procedimiento o del acto, dentro del plazo previsto para proponer impugnación contra la sentencia dictada en rebeldía»⁴³⁹.

Otro ejemplo interesante del impacto de la jurisprudencia del TEDH concierne al progresivo cambio de orientación jurisprudencial de la *Corte Costituzionale* en relación con el concepto de cosa juzgada. Al respecto la CC,

mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, Gazzetta Ufficiale n. 98 del 29 aprile 2005, se prevé que la autoridad judicial italiana rechazará la ejecución de una orden europea de detención emitida a los efectos de la ejecución de una pena o medida de seguridad, pronunciadas *in absentia*, en los casos en que el condenado no haya sido citado personalmente, ni haya sido informado de la fecha y lugar de la audición, si la autoridad judicial de emisión no de suficiente seguridad para garantizar a las personas objeto de la euroorden la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el Estado miembro de emisión y de estar presente en el juicio.

⁴³⁹ *Corte Cost. 317/2009, 30.11.2009*. En dicha sentencia la *Corte Costituzionale*: «dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato».

en la sentencia n. 113/2011, de 4 de abril⁴⁴⁰, ha intentado suplir la inercia del legislador nacional, procediendo a declarar la ilegitimidad constitucional del art. 630 cpp., al no prever un distinto caso de revisión de la sentencia o del decreto penal de condena con el fin de conseguir la reapertura del proceso. Esta sentencia se ha pronunciado tres años después del caso «*Dorigo*»⁴⁴¹, en el que el TEDH había constatado la existencia de una violación del derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 6 CEDH. En este asunto, el TEDH considera la reapertura del proceso como el mecanismo más adecuado a los efectos de la *restitutio in integrum*, en relación con la posibilidad de llevar a cabo un nuevo proceso o de reabrir el procedimiento, a solicitud del interesado en el respeto de todas las condiciones de un proceso equitativo⁴⁴². En el caso de que el TEDH constatará la violación del art. 6 CEDH, habría que ir más allá de los límites de la cosa juzgada, para poner remedio a un «vicio» interno al proceso, a través de la reapertura del mismo, y al defecto de «equidad». Esto no llevaría necesariamente a un juicio absolutorio. Si una persona ha sido condenada por un juez no imparcial o no independiente debe tener derecho a un nuevo proceso ante un juez que reúna los requisitos establecidos en el art. 6.1 CEDH, sin que tal derecho pueda quedar subordinado rígidamente a un determinado tipo de pronóstico acerca de su éxito. El nuevo proceso en cuestión podría terminar igualmente con una condena, sin perjuicio por supuesto del respeto de la prohibición de la *reformatio in peius*.

Esta interpretación es conforme a las exigencias de tutela que dimanar de la Constitución. A pesar de la certeza y estabilidad de la cosa juzgada, no se

⁴⁴⁰ Corte cost. 113/2011, 7.04.2011.

⁴⁴¹ TEDH, sentencia de 9 de septiembre de 1998, asunto *Dorigo c. Italia*, petición n. 33286/96. Sobre el caso *Dorigo*, entre los muchos comentarios, vid.: D'ORAZI, M., «Revisione della condanna penale e violazione dell'art. 6 CEDU (App. Bologna, Sez.I, 13 marzo 2006, n. 63/06, Dorigo)», *Cass. pen.*, vol. 46, n. 9, 2006, pp. 2959-2970. VALENTINI, C., «La Corte costituzionale e il caso Dorigo: sense and sensibility [Nota a C. Cost. 30 aprile 2008 n. 129]», *Giust. pen.*, vol. 113, n. 7, 2008, pp. 207-217.

⁴⁴² *Ex plurimis*, TEDH, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Öcalan contro Turchia*, petición n. 46221/99, apartado 210.

puede considerar contraria a Constitución su pérdida de eficacia cuando podría perjudicar las garantías inherentes a los derechos fundamentales de la persona y en particular las garantías de un proceso equitativo *ex art. 6 CEDH*, que en el ordenamiento italiano están recogidas en el art. 111 C. A partir de tales premisas, por lo tanto, la CC, ante la posibilidad de una interpretación convencional, adopta una sentencia aditiva, que en definitiva añade otro supuesto de revisión a los previstos en el art. 630 cpp. Al respecto, la Corte se conforma a la evaluación del juez *a quo*, afirmando que la revisión, comportando como medio extraordinario de impugnación con carácter general la reapertura del proceso, que implica una recuperación de las actividades procesales en sede de cognición, extendida también a la asunción de las pruebas, constituye el instituto que en el sistema procesal penal presenta perfiles de mayor conformidad con aquello cuya introducción parece necesaria al fin de garantizar la conformidad del ordenamiento nacional al parámetro evocado. Por lo tanto, con la sentencia de 2011, la CC llega a declarar la ilegitimidad constitucional del art. 630 cpp, precisamente porque (y en la parte en que) no contempla un «distinto» caso de revisión de la sentencia o del decreto penal de condena con el fin de conseguir la reapertura del proceso, cuando sea necesario, atendiendo a lo dispuesto en el art. 46.1 CEDH, para conformarse a una sentencia definitiva del TEDH.

También huelga analizar en esta sede el caso «de los hermanos menores *Scoppola*»⁴⁴³, así definido porque se ha considerado que el demandante se encontraba en una situación parecida a la analizada en la importante sentencia

⁴⁴³ *Corte Cost.* 210/2013, 23.07.2013. Sobre la sentencia *Scoppola*: PUGIOTTO, A., «*Scoppola e i suoi fratelli. L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione* ([Osservazione a] Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210)», *Giur. cost.*, vol. 58, n. 4, 2013, pp. 2942-2949. APRILE, E., «Sulle pronunce della Consulta che hanno definito gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo sul "caso Scoppola" [Osservazioni a sentenza] C.cost. 3 (18)/7/2013, n. 210 e C.cost. (16) 23/7/2013, n. 235», *Cass. pen.*, vol. 53, n. 12, 2013, pp. 4388-4393. GAMBARDELLA, M., «Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole», *Cass. pen.*, vol. 50, n. 5, pp. 2020-2047.

piloto. En este asunto la *Corte Costituzionale* no interviene a raíz de una sentencia específica del TEDH en la que se exhorta al Estado italiano a cumplir con las obligaciones derivadas del CEDH para eliminar algunas disfunciones estructurales del sistema, que provocan su vulneración reiterada, sino de una cuestión de legitimidad constitucional, interpuesta por la *Corte di Cassazione* sobre una norma considerada convencionalmente ilegítima.

En su sentencia, la *Corte Costituzionale* se conforma a la jurisprudencia dictada en este asunto por el TEDH, a partir de la sentencia *Scoppola c. Italia*, de 17 de septiembre de 2009, en la que se declaró que el Estado italiano tenía que asegurar que la pena de la prisión perpetua, impuesta al demandante, fuera sustituida por una pena no superior a la de la reclusión por treinta años, poniendo también remedio a la violación constatada a nivel normativo y a eliminar los efectos ante todos los condenados que se encuentran en las mismas condiciones de Scoppola. A raíz de este pronunciamiento, la *Corte Costituzionale* procede a declarar la ilegitimidad constitucional del artículo 7, apartado 1, del decreto-ley de 24 de noviembre 2000, n. 341, atendiendo a la obligación constitucional de adaptación a la sentencia del TEDH. Dicha solución responde a la necesidad de aplicar una decisión del TEDH en materia sustancial sobre un caso parecido a aquel objeto de su decisión y que no requiera la reapertura del proceso, sino que pueda encontrar un remedio directamente en sede ejecutiva.

En segundo lugar, con respecto a la incidencia en la sentencia penal de condena con valor de cosa juzgada, según la CC, la sustitución de la pena de prisión perpetua, impuesta tras el juicio abreviado por parte del juez de la ejecución, por la pena de treinta años de reclusión, acaba necesariamente modificando la cosa juzgada, por la aplicación, en la sucesión de leyes intervenidas en la materia, de la más favorable. Sin embargo, el valor de la cosa juzgada, a través del que se expresan razones primarias de certeza del derecho y de estabilidad en la definición de las relaciones jurídicas, por otra parte, ya había

sido afirmado por el TEDH en la sentencia *Scoppola*, aunque el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada puede ser sometido a una cierta flexibilidad, en aquellos supuestos en los que prevalgan valores opuestos, de parecida dignidad constitucional, a los que el legislador pretende asegurar la primacía. Esto es lo que ocurre en el caso tratado en el que la tutela de la libertad personal, cuando sea sometida a limitaciones sobre la base de una norma penal, derogada posteriormente o modificada a favor del reo, y responde a la exigencia de garantizar el principio de igualdad y de retroactividad de la ley penal más leve.

Y por último, en dicha sentencia, la *Corte Costituzionale* vuelve a reafirmar el distinto papel que corresponde respectivamente a los jueces comunes y a la jurisdicción constitucional para permitir al ordenamiento italiano conformarse a los pronunciamientos del TEDH, en una actitud dialogante. A la *Corte di Cassazione*, en este caso, como máximo órgano de «*nomofilachia*» corresponde determinar el campo de aplicación de las normas aplicables en el caso concreto, en sede de ejecución, interponiendo en su caso, cuando no sea posible su interpretación conforme al derecho convencional, la cuestión de legitimidad constitucional a la C.C.

Y por último, se considera oportuno por lo menos hacer una referencia a la sentencia *Torreggiani*⁴⁴⁴, en la que el TEDH ha declarado la violación reiterada por parte de Italia del art. 3 CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, exhortándola a intervenir en el plazo de un año desde el pronunciamiento. Esta sentencia ha tenido un fuerte impacto en la doctrina y en la opinión pública italiana, llevando al Gobierno a adoptar solo un año después el *d.l. 92/2014, conv. con modif. in l. 117/2014, dei nuovi rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in*

⁴⁴⁴ TEDH, *Torreggiani y otros c. Italia*, cit.. Sobre esta sentencia, vid.: VIGANÒ, F., «Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno», *Dir. pen. cont.*, 9.01.2013. PUGIOTTO, A., «Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi). Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti: "Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU»», *Dir. pen. cont.*, 10.06.2014.

*violazione dell'art. 3 della CEDU*⁴⁴⁵. Los principios expresados en la sentencia *Torreggiani* del TEDH han sido reiterado por la C.C. en la sentencia 279/2013, en la que vuelve a afirmar que se trata de un «un problema constitucional», siendo evidente que la «actitud del hacinamiento de las cárceles» perjudica «las connotaciones constitucionalmente inderogables de la ejecución penal»⁴⁴⁶.

De este sumario análisis del impacto de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento italiano, se puede observar el progresivo reconocimiento de su carácter vinculante, cuya *vis* ha podido llevar a un replanteamiento del sistema de fuentes y, a través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna a la modificación del sistema penal (material y procesal), a incidir en la «Constitución material» y, en definitiva, en el «sistema constitucional» de dicho ordenamiento en su conjunto, impulsando el desarrollo de un nuevo modelo de justicia penal⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ *Decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92 (in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 147 del 27 giugno 2014), coordinato con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 117, recante: «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile». (14A06523) (GU Serie Generale n.192 del 20-8-2014).*

⁴⁴⁶ Texto de la sentencia citada en italiano: «*l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale*».

⁴⁴⁷ En este sentido, v. también MANES, V., en su: *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012 (p. 3).

4. LA FUNCIÓN INTEGRATIVA DEL CONVENIO PARA LA UNIÓN EN EL ÁMBITO PENAL

4.1. El derecho «europeo» a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: entre CEDH y Carta

4.1.1. La aportación del CEDH a través del TUE

El CEDH y su interpretación por parte del TEDH han tenido una incidencia determinante en la construcción de un sistema de garantías procesales de carácter europeo. Las construcciones jurisprudenciales elaboradas en dicho marco han conseguido penetrar no solo en los sistemas de los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa, sino que han constituido un referente constante y un modelo para el Tribunal de Justicia, al que ha hecho referencia desde los comienzos del proceso de integración, utilizándolas «como *topos* para el reconocimiento de derechos fundamentales y la delimitación de su contenido»⁴⁴⁸.

Dicha función se ha visto reforzada por la introducción en el Tratado de Maastricht del art. F.2 TUE. Dicho artículo, afirmando el respeto de los derechos fundamentales, como principios generales del Derecho comunitario, tal y como se garantizan en el CEDH y resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ha intentado suplir la ausencia de un pacto europeo constituyente, encontrando su fundamento en un plano meta-normativo, capaz de ir más allá de las disposiciones contenidas en los Tratados constitutivos.

En dicho artículo se ha procedido a positivizar y sintetizar la jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal de Justicia, que desde la sentencia *Nold* ha

⁴⁴⁸ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las “Funciones Esenciales” de su ordenamiento jurisdiccional», *Teor. Real. Const.*, n. 32, 2013, pp. 225-257. Sobre el punto, vid. p. 245.

considerado como fuente de inspiración de los derechos fundamentales el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁴⁴⁹. El concepto de fuente de inspiración permitía dotar al Tribunal de Justicia de un margen interpretativo más amplio y no sometido a parámetros rígidos. De tal forma, el CEDH no ha constituido solo la base de partida para el desarrollo de un sistema propiamente europeo de protección de los derechos fundamentales, sino que ha asumido la función de complemento constante que ha favorecido «una suerte de homologación político-jurídica»⁴⁵⁰ parecida a la que se había producido en los Estados miembros del Consejo de Europa. Esta «función de complemento» mediante el reconocimiento de su jurisprudencia ha permitido garantizar un «contenido constitucional mínimo que dota a la Unión de un *humus* compartido», de un patrimonio histórico cultural común; pero también ha desarrollado la «función de garantía de la autonomía de la Unión», en particular frente al riesgo de eventuales conflictos con los tribunales constitucionales nacionales⁴⁵¹.

Al contrario de lo que suele ocurrir en las relaciones con estos últimos, se observa que, en el terreno del Convenio, el Tribunal de Justicia juega en un campo neutro, o mejor dicho «juega en casa y sin arbitro»⁴⁵², puesto que los Tribunales constitucionales pertenecen a ordenamientos que se han adherido al CEDH y tienen, por lo tanto, que acatar las sentencias del TEDH. Por otra parte, aunque el Tribunal de Justicia aceptaba inspirarse en el CEDH y en la

⁴⁴⁹ Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de noviembre de 1996, *Siemens AG contra Henry Nold*, C-42/95.

⁴⁵⁰ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las “Funciones Esenciales” de su ordenamiento jurisdiccional», cit., p. 245.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 245 y ss.

⁴⁵² SOTIS, C., «La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e Diritto Comunitario», en en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., pp. 109-145. Según el autor, «Fare riferimento alla Convenzione ha insomma rappresentato per la Corte di Giustizia la via di uscita dal vicolo cieco in cui sembrava essersi cacciata: da una parte il rischio di innescare conflitti con le Corti costituzionali nazionali e dall’altra il rischio di perdere l’autonomia del diritto comunitario. Per questo si può forse dire che la Convenzione ha costituito la dottrina del “controlimite” della Corte di Giustizia» (pp. 120-121).

jurisprudencia dictada por el TEDH, que pronto asumieron el rango de un «contra-limite»⁴⁵³, por otra parte el Tribunal de Justicia no aceptaba, e incluso temía, que un posible control externo por parte del Tribunal de Estrasburgo pudiera perjudicar su autonomía interpretativa. Esto ha llevado al Tribunal de Justicia a adoptar en algunas ocasiones una actitud ambigua y conflictiva. La Resolución sobre la Adhesión al CEDH de 18 de enero de 1994⁴⁵⁴ constituye una confirmación en ese sentido.

Sin embargo, las complejas relaciones entre el Tribunal de Justicia y el TEDH no han impedido el desarrollo de un diálogo constante entre tales jurisdicciones. El primero ha hecho referencia de forma reiterada en sus sentencias a la jurisprudencia pronunciada por el segundo, en materia de Justicia, afirmando desde la sentencia *Johnston*⁴⁵⁵ que el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un principio general del Derecho de la Unión que resulta de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, consagrado en los artículos 6 y 13 CEDH.

Por otra parte, el TEDH también ha empezado progresivamente a hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la sentencia *Scoppola* de 2009⁴⁵⁶, por ejemplo, mediante un *overruling* de su jurisprudencia anterior, el TEDH reconoció el principio de la retroactividad *in mitius*, haciendo un reenvío expreso al art. 49 de la Carta. Y más recientemente, por ejemplo, en la sentencia *Ullens*⁴⁵⁷, el TEDH ha afirmado que, aunque el CEDH no garantiza el derecho a que un órgano jurisdiccional nacional interponga una cuestión prejudicial a otro órgano jurisdiccional nacional u a otra jurisdicción, nacional o supranacional, el art. 6.1 CEDH obliga a las jurisdicciones internas a motivar las

⁴⁵³ Ídem.

⁴⁵⁴ Resolución sobre la Adhesión al CEDH de 18 de enero de 1994, DOCE C 44 de 14 de febrero de 1994, pp. 32-34.

⁴⁵⁵ TJ, *Johnston*, cit., apartados 18 y 19.

⁴⁵⁶ TEDH, *Scoppola c. Italia*, cit..

⁴⁵⁷ TEDH, sentencia de 20 de septiembre de 2011, asunto *Ullens de Schooten and Rezabek c. Bélgica*, petición n. 3989/97 y 38353/07.

decisiones que desestiman un recurso. Por lo tanto, los órganos de última instancia (como en el caso concreto el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado) tienen la obligación de interponer el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia, como resulta también de la jurisprudencia *CILFIT*⁴⁵⁸.

4.2. La aportación del Tratado de Lisboa

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha impuesto un replanteamiento de las complejas relaciones entre CEDH y TEDH vs. CDFUE y TJUE. Tres son, en particular, las aportaciones introducidas y recogidas en el art. 6 TUE, que están destinadas a tener una incidencia importante en el ámbito penal:

- a) la incorporación sustancial de la Carta a los Tratados,
- b) la prevista adhesión de la UE al CEDH,
- c) la «comunitarización» de los derechos fundamentales garantizados en el CEDH⁴⁵⁹.

La previsión de tales elementos plantea las siguientes preguntas: ¿Cuál es el alcance que los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta asumen en relación con la cláusula contenida en el art. 52.3 de la Carta? ¿Es el mismo que el reconocido en los arts. 6 y 13 CEDH? o ¿en virtud de la

⁴⁵⁸ TJ, sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, C-283/81, apartado 21.

⁴⁵⁹ El art. 6 TUE establece que: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones (primer apartado). La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados (segundo apartado). Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (tercer apartado)».

«tratativización» de la Carta tales derechos adquieren un significado propio y autónomo?

Con respecto a la primera cuestión se observa que la positivización en la Carta de tales derechos les da una mayor concreción, otorgándoles un estatus «materialmente constitucional» y un contenido que les es propio, el cual a la vez se alimenta de las tendencias y tensiones procedentes del nivel internacional, ante todo, del CEDH y de su interpretación por parte del TEDH, y de las influencias procedentes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados de la UE, de la tradición propia de la Unión Europea y, con ellas, del «universo conceptual de los principios característicos del Estado de Derecho»⁴⁶⁰. Todo ello responde a la exigencia de «avanzar en el proceso de acomodación de las categorías y principios del Derecho de la Unión» al respeto de los derechos fundamentales en cuanto constituyentes de la base del ordenamiento de la UE, «a través de una articulación integrada de las diferentes instancias normativas, relativamente autónomas, correspondientes a distintos estadios de concreción de los derechos fundamentales entre sí, las cuales concurren a la definición del derecho a la tutela judicial efectiva»⁴⁶¹.

Sin embargo, para comprender el alcance de los artículos 47 y 48 de la Carta y su relación con las disposiciones contenidas en el CEDH, es necesario proceder mediante dos sucesivas operaciones hermenéuticas. La primera consiste en acudir a una interpretación sistemática entre el artículo 52.3 de la Carta, que regula las relaciones entre esta y el CEDH, y las Explicaciones⁴⁶², en virtud del reenvío *ex art. 6.1*, apartado tercero, TUE. El art. 52.3 de la Carta, que

⁴⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas el 1º de marzo de 2011, *Brahim Samba Diouf contra Ministro de Trabajo, Empleo e Inmigración*, C-69/10, apartado 39.

⁴⁶¹ Ídem, VII Conclusión.

⁴⁶² Hacen referencia a las Explicaciones como herramienta hermenéutica a tener debidamente en cuenta el art. 6.1, apartado tercero TUE, y el art. 52.7 de la Carta. El segundo, el art. 52.7 de la Carta, se expresa en términos parecidos, reiterando que: «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros».

contiene una «cláusula de coordinación»⁴⁶³, dispone que «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», aunque «Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»⁴⁶⁴.

Dicho artículo tiene la función de garantizar que la Carta no determinará una reducción del nivel de protección de los derechos garantizados en el CEDH, no pudiendo nunca el estándar ofrecido por la Carta ser inferior al garantizado por el CEDH, y de evitar interpretaciones divergentes entre el TEDH y el TJUE. Al respecto, obsérvese que en ninguna de las disposiciones de la Carta se menciona el papel del TEDH⁴⁶⁵. Evidentemente, se prefirió no incluir una referencia expresa a su jurisprudencia, por el temor a que eso pudiera perjudicar el margen decisorio del TJUE.

El «alcance» de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta no incluye solo la extensión de los derechos tal y como ha sido consagrada en el

⁴⁶³ Sobre las relaciones entre el CEDH y la Carta, vid.: LEMMENS, P., «The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights - Substantive Aspect», *MJECL*, 2001, n. 1, p. 50-55. SPIELMANN, D., «Human Rights Case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities», en ALSTON, P./BUSTELO, M./HEENAN, J. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 757-780. LENAERTS, K./E. DE SMIJTER, E., «A “Bill of Rights” for the European Union», *CMLR*, 2001, n. 2, pp. 273-300.

⁴⁶⁴ ALONSO GARCÍA, R., “Le clause orizzontali della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea”, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 1, 2002, pp. 1-29.

⁴⁶⁵ La Carta se limita a hacer una mención al TEDH en el Preámbulo, afirmando que: «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea».

CEDH sino también el régimen de sus limitaciones. Por lo tanto, el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, tendrá que respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ⁴⁶⁶. Y finalmente, el último inciso del art. 52.3 de la Carta pretende garantizar una protección más amplia, asegurando la autonomía del Derecho de la Unión y del TJUE respecto del CEDH y del TEDH.

Por lo tanto, en lo que concierne a su «sentido» y «alcance», a través de la incorporación del derecho a la tutela judicial efectiva a la Carta, que está dotada del mismo valor jurídico vinculante que los Tratados, y de su equiparación sustancial a los homólogos preceptos contenidos en el CEDH, tal derecho viene a ser «objeto de positivización», adquiriendo el carácter de derecho fundamental; y es precisamente desde esta sede desde la «que el principio debe desplegar las posibilidades y los límites de su eficacia»⁴⁶⁷.

En particular, con respecto a las relaciones entre la Carta y el CEDH, de la interpretación del art. 6.1 TUE con el art. 52.3 Carta⁴⁶⁸, que define «un estándar mínimo», se deduce que en la medida en que la Carta contenga derechos que

⁴⁶⁶ Al respecto, vid. las Explicaciones relativas al art. 52 de la Carta. ADAM, R., «Da Colonia a Nizza: la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Dir. Un. eur.*, n. 4, 2000, pp. 881-897. Según el autor: «*Tuttavia, si può dubitare, in primo luogo, che la formulazione di quest'ultima norma sia effettivamente la più appropriata per escludere l'applicabilità della clausola generale di limitazione anche ai diritti che la Convenzione del 1950 ritiene intangibili: il concetto di "significato e portata" di un diritto non ricomprende necessariamente la questione (e la misura) della sua limitabilità; e ad ogni modo l'effettiva "corrispondenza" tra un diritto della Carta e uno sancito dalla Convenzione di Roma può non essere sempre evidente*» (v. p. 892).

⁴⁶⁷ Auto del Pleno del TC español, n. 86/2011, de 9 de junio, punto d, el cual hace reenvío a las Conclusiones presentadas el 19 de mayo de 2011 por el Abogado General P. Cruz Villalón, *Prigge*, C-447-09, apartado 26.

⁴⁶⁸ A su vez, según las Explicaciones de esta disposición, el sentido y alcance de los derechos garantizados no quedarán determinados únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del TEDH (TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*, C-279/09, apartado 35). No obstante, esto no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (TJUE, sentencia de 5 de octubre de 2010, *McB*, C-400/10 PPU, apartado 53).

sean garantizados también por el CEDH su «sentido y alcance» serán iguales al nivel que les confiere este último. Por consiguiente, si un derecho está previsto tanto en el Convenio como en la Carta, su interpretación deberá ser conforme, con arreglo a dicha «cláusula de remisión», a lo previsto en el Convenio, que le otorga una protección «necesaria» y «subsidiaria»⁴⁶⁹, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda concederle una protección más extensa. El CEDH otorga a los derechos fundamentales una protección necesaria y subsidiaria, reconociendo un estándar mínimo que debe ser normalmente desplazado por una protección constitucional e interna más intensa. De ahí, la necesidad de una coherencia interna entre el CEDH y la Carta y del diálogo entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE.

Por lo tanto, para comprender el alcance de la cláusula contenida en el art. 52.3 en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial y los derechos de la defensa es necesario dar un paso más. Ante todo es necesario trascender la mera interpretación sistemática de los artículos 47 y 48 de la Carta con los artículos 6 y 13 CEDH, considerando que, mediante su proclamación en la Carta, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial y los derechos de la defensa adquieren «una entidad y sustantividad propias» y un carácter autónomo, «no limitándose al mero agregado de los enunciados de los artículos 6 y 13 CEDH»⁴⁷⁰. En otras palabras, el derecho fundamental pasa a adquirir ya como derecho proclamado y garantizado por la Unión un contenido que le es propio, aunque se alimente de las tendencias procedentes de los otros niveles en los que se articula el sistema⁴⁷¹. Esto significa que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y de los derechos de la defensa enunciados en los artículos 47 y 48 de la Carta se

⁴⁶⁹ Sobre este punto, vid.: GARCÍA ROCA, F. J., «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ...», cit..

⁴⁷⁰ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas el 1º de marzo de 2011, *Brahim Samba Diouf*, cit., apartado 39.

⁴⁷¹ Ídem.

definirán atendiendo al «sentido» y al «alcance» que les otorga el CEDH (artículo 52.3 de la Carta), pero, una vez configurado su ámbito de aplicación, dicho contenido tendrá que ser conformado con arreglo a lo dispuesto en la Carta, es decir, en el respeto a los «derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión» (art. 6.1 TUE)⁴⁷².

Al respecto, se puede observar que, aunque el CEDH contenga en los artículos 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) un catálogo de garantías más amplio y desarrollado respecto a la Carta, esta última tiene un alcance más amplio. Según las Explicaciones, el párrafo primero del art. 47 de la Carta correspondería al art. 13 CEDH, que reconoce el derecho a un recurso efectivo⁴⁷³, y el párrafo segundo del mismo artículo al apartado 1 del artículo 6 del CEDH⁴⁷⁴. Sin embargo, el art. 47 de la Carta, que recoge la jurisprudencia pronunciada al respecto por el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia *Johnston*, tiene un alcance más amplio, ya que garantiza el derecho a un recurso efectivo ante un juez. En este sentido, el art. 47.1 al afirmar, en términos muy generales, que: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva», parece no limitarse a incluir solo los litigios sobre los derechos y las

⁴⁷² *Ibidem*, apartado 42.

⁴⁷³ Según el art. 13 CEDH: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

⁴⁷⁴ El art. 6.1 CEDH dispone que: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

obligaciones de carácter civil, o sobre las acusaciones de carácter penal como hace el CEDH, sino que parece referirse a cualquier tipo de proceso.

Y por último, el alcance de los derechos de la defensa reconocidos en el art. 48 de la Carta coincidiría con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH, los apartados 1 (salvo la última frase) y 2 del artículo 49⁴⁷⁵ corresponderían al artículo 7 del CEDH⁴⁷⁶ y el art. 50, que reconoce el principio del *ne bis in idem* correspondería al artículo 4 del Protocolo n. 7 del CEDH, aunque su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Sin embargo, a pesar del llamamiento expreso que la Carta hace al CEDH, en virtud del cual este último parece «comunitarizarse», el TJUE en ciertas ocasiones ha asumido una actitud ambigua⁴⁷⁷, como en el asunto *Fransson*, de

⁴⁷⁵ El art. 49, apartados 1 y 2, de la Carta dispone que: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones».

⁴⁷⁶ El art. 7 CEDH, que enuncia el principio de legalidad en materia penal (no hay pena sin ley), dispone que: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas». Obsérvese que en el art. 49.2 de la Carta se ha suprimido la palabra «civilizadas», contenida en el art. 7.2 CEDH. No obstante esto no supone modificación alguna del sentido de este apartado, que se refiere a los crímenes contra la humanidad. Por consiguiente, de conformidad con el apartado 3 del artículo 52, el derecho garantizado tiene por lo tanto el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH.

⁴⁷⁷ Vid., en este sentido, TJUE, sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, C-571/10, apartados 62 y 63. En la referida sentencia se afirma que: «No obstante, el artículo 6 TUE, apartado 3, no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ni establece las conclusiones que debe sacar un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional. Por tanto, procede responder a la segunda cuestión que la referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al CEDH no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de

26 de febrero de 2013⁴⁷⁸, en el que considera el CEDH y la Carta casi como «compartimientos estancos». En dicha sentencia el TJUE ha reafirmado que en el supuesto de un conflicto entre los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH, si bien estos forman parte del Derecho de la Unión, en cuanto principios generales (*ex art. 6 TUE*, apartado 3), y si bien el artículo 52, apartado 3, de la Carta pretende asegurar una cierta correspondencia entre los derechos ahí contenidos y los derechos garantizados por el CEDH, este último no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento de la UE, debido a que la Unión no se ha adherido todavía a él⁴⁷⁹. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el Derecho de la Unión no regularía la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y tampoco establecería las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional. Distinto será el panorama, cuando la UE, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.2 TUE, se haya finalmente adherido al CEDH. Hasta aquel momento, sin embargo, la Carta seguiría manteniendo su autonomía.⁴⁸⁰

4.3. La futura adhesión de la UE al CEDH

La futura adhesión al CEDH constituye una de las principales cuestiones todavía abiertas, cuya solución, sin embargo, resulta determinante para la

Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las disposiciones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo».

⁴⁷⁸ TJUE, sentencia *Fransson*, cit..

⁴⁷⁹ *Ibidem*, apartado 44.

⁴⁸⁰ Entre los documentos más relevantes que se han adoptado al respecto se puede considerar la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 2009/2241(INI), publicada en el DOUE de 31 de mayo de 2011. Doc.: 2011/C 161 E/12. El año pasado se aprobó el Proyecto de Acuerdo de Adhesión: *Fifth negotiation meeting between the CDDH AD HOC negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final report to the CDDH, Strasbourg*, 10.06.2013.

consolidación de un espacio europeo de justicia penal⁴⁸¹. De gran alcance serán sus consecuencias en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la UE y en la armonización y el diálogo entre las distintas instancias jurisdiccionales⁴⁸².

⁴⁸¹ Sobre la adhesión al CEDH, se remite a los siguientes estudios: ZAGREBELSKY, V., «La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *www.europeanrights.eu*, 19.12.2007, pp. 1-10. ZAGREBELSKY, V., «Note sulle conclusioni della conferenza di Brighton “per assicurare l'avvenire della Corte Europea dei diritti dell'uomo”», *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp.1-5. TULKENS, F., «EU Accession to the European Convention on Human Rights, Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights», *www.ejtn.eu*, 2013, pp. 1-12. RAIMONDI, G., «La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte Europea dei Diritti dell'uomo», cit.. JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *CMLR*, vol. 48, n. 4, 2011, pp. 995-1023. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», *Civitas. REDE*, n. 48, 2013, pp. 37-74. CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *RGDE*, n. 22, 2010, pp. 1-54. LOCK, T., «End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR», *YEL*, vol. 31, n. 1, pp. 162-97. GROUSSOT, X./LOCK, T./PECH, L., «EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011», *European Issues*, n. 218, 7.11.2011. Disponible on line en: www.robertschuman.eu/doc/questions_europe/qe-218-en.pdf. QUIRICO, O., «Substantive and Procedural Issues Raised by the Accession of the EU to the ECHR», *Italian Yearbook of Int. Law*, 2010, pp. 31-54.

⁴⁸² ZAGREBELSKY, V., «La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», cit.. Según el autor, «*Benché il cammino sia ancora lungo prima che l'adesione abbia effetto, si tratta certo di una decisione storica. Ne vedo il senso nella riaffermata convinzione che i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali hanno radici nel passato d'Europa e definiscono il suo futuro; che essi, universali per natura, hanno acquisito una consistenza ed una strutturazione specifica nell'ampia area dell'Europa; che all'interno di essa la tutela dei diritti dell'uomo non tollera confini, né zone franche o doppio standard. Si tratta dunque di una scelta culturale e politica coraggiosa ed esplicita. Una grande decisione*». En la misma línea: LOCHBIHLER, B., «European Parliamentarians 'deeply concerned' at national moves to block EU accession to the European Convention on Human Rights», Press Statement, Brussels, 25.01.2012, pp. 1-2. Se hace referencia a la importancia de la adhesión como «*EU accession to the European Convention on Human Rights will close a gaping hole in European human rights protection as, for the first time, the laws and actions of the EU itself will be subject to the same external scrutiny as those of 47 countries across Europe – including all of the EU member states*». La adhesión sería, por lo tanto, un primer paso para construir un «*'common European space' for human rights*».

El art. 6.2 TUE, en su formulación post-Lisboa, establece el mandato de adhesión de la UE al CEDH, que la dota finalmente de una base jurídica⁴⁸³. Esta, una vez formalizada, permitirá al CEDH adquirir a todos los efectos valor jurídicamente vinculante (art. 1 CEDH), aportando «legitimidad, seguridad jurídica y credibilidad al sistema de protección de los Derechos humanos en la Unión Europea»⁴⁸⁴. El mandato de adhesión *ex* art. 6.2 TUE está sometido al respeto de que no se modifiquen las competencias de la UE que se definen en los Tratados, ni las atribuciones de sus instituciones⁴⁸⁵ y a la necesidad de que «se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo; b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos,

⁴⁸³ Legitimación que, en cambio, el Tribunal de Justicia denegó en el Dictamen n. 2/94, de 28 de marzo de 1996. En el apartado 6 del Dictamen, se afirmaba que: «En el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues, por una parte, ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito y, por otra, no es posible invocar el artículo 235 del Tratado para proceder a dicha adhesión. En efecto, aun cuando el respeto de los derechos humanos constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos entrañaría un cambio sustancial del actual régimen de protección de los derechos humanos, en la medida en que implican la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado».

⁴⁸⁴ CORTÉS MARTÍN, J. M., *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁴⁸⁵ Art. 6.2 TUE y art. 2 Protocolo n. 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al CEDH.

según el caso»⁴⁸⁶. De tal forma, se pretende asegurar el papel del Tribunal de Justicia, que sigue siendo el titular exclusivo del juicio de legitimidad sobre los actos de la UE en este contexto, garantizando su autonomía frente a los eventuales conflictos jurisprudenciales con el TEDH.

A continuación, el art. 218 TFUE regula el procedimiento de autorización, permitiendo a la UE, en virtud de la personalidad adquirida de derecho público internacional, celebrar acuerdos con países terceros u organizaciones internacionales⁴⁸⁷. Al respecto, huelga recordar que el Protocolo n. 14 anexo al CEDH, entrado en vigor el 1º de junio de 2010, establece que: «La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio» (art. 59.2 CEDH). La decisión de celebración del acuerdo será adoptada por el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo. En el curso del procedimiento el Consejo se pronunciará por unanimidad y la decisión de celebración de dicho acuerdo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Existen razones políticas, constitucionales y propiamente jurídicas, que inducen a afirmar la necesidad de la adhesión de la UE al CEDH. En primer lugar, como observaba también el Grupo de Trabajo II, sobre la Carta, desde el punto de vista político-institucional, la adhesión de la UE al CEDH constituiría un «mensaje político claro» acerca de la «coherencia entre la Unión y la Europa en sentido amplio» reflejada en el Consejo de Europa y su «sistema paneuropeo

⁴⁸⁶ El art. 1 del Protocolo n. 8 dispone que el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al CEDH, *ex* art. 6.2 TUE, «estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho».

⁴⁸⁷ Según el art. 216 TFUE: «La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros».

de protección de los derechos humanos»⁴⁸⁸. Todo esto reforzará, sin duda, su credibilidad y otorgará a los ciudadanos una protección similar frente a actos de la Unión, impulsando aun más la construcción de un sistema armónico, basado en el diálogo judicial.

Desde el punto de vista político-constitucional, como afirma AZPITARTE SÁNCHEZ, «la adhesión concedería a la Unión un fundamento material de legitimidad, que la entroncaría con la historia constitucional europea y daría a los derechos fundamentales una singular rigidez, proyectada incluso frente al poder de reforma o el Tribunal de Justicia»⁴⁸⁹.

Por otra parte, en lo que se refiere a las argumentaciones de tipo jurídico y, en modo especial, a sus efectos en la construcción de un espacio de justicia penal, es importante analizar las implicaciones de la adhesión de la UE al CEDH, tanto en un plano sustantivo, como en el plano jurisdiccional-procesal. Desde un punto de vista sustantivo, en realidad, no cambiaría mucho. El art. 6.3 TUE, afirmando que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH formarán parte del Derecho de la Unión, adquiriendo el valor de principios generales, se limita a formalizar lo que el Tribunal de Justicia ha venido haciendo desde los comienzos del proceso de integración europea, es decir considerar las construcciones jurisprudenciales elaboradas por el TEDH a partir del CEDH como la base a partir de la que articular la protección de los derechos fundamentales en la UE. Dicha técnica ha sido confirmada también por lo dispuesto en el art. 52.3 de la Carta.

En cambio, importantes implicaciones se producirán sobre todo en los mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la

⁴⁸⁸ CONVENCION EUROPEA SECRETARÍA, Bruselas, 22 de octubre de 2002 (24.10) (OR. en) CONV 354/02 WG II 16. INFORME del: Presidente del Grupo II – «Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH» a: los miembros de la Convención Asunto: Informe final del Grupo II (sobre el punto, vid. p. 11).

⁴⁸⁹ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», cit., p. 39.

UE. La adhesión de la UE al CEDH permitiría colmar importantes deficiencias, que caracterizan el sistema europeo, completándolo, y someter a la UE en su conjunto, como entidad independiente y trascendente a los Estados que la integran, al control de un órgano jurisdiccional supranacional de «carácter externo», de salvaguarda de los derechos fundamentales garantizados en el CEDH, legitimando a los particulares a recurrir *ultima ratio*, después de haber agotado todos los recursos internos (de la UE) ante el TEDH contra los actos de la UE, que asumiría el rol de «legitimado pasivo».

En lo que concierne al primer aspecto, la posibilidad para el TEDH de ejercer un control externo sobre los actos comunitarios permitiría «colmar la laguna de protección de los derechos fundamentales determinada por las restricciones puestas a la introducción de un recurso individual ante los órganos jurisdiccionales de la UE»⁴⁹⁰. Las limitaciones a la interposición de un recurso individual, aunque parcialmente reducidas por el art. 263.4 TFUE, según el cual: «Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso» ... «contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución», siguen obstaculizando el pleno ejercicio del derecho de los particulares de acceso al TJUE.

Asimismo, es importante considerar que, a pesar de la extensión de la competencia del TJUE a pronunciarse sobre cuestiones que afectan al ELSJ en su conjunto, siguen permaneciendo ámbitos excluidos del control jurisdiccional del TJUE, como las medidas adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial penal y de la cooperación policial con respecto a la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro y para pronunciarse sobre el ejercicio de las

⁴⁹⁰ PINELLI, C., «L'accordo fra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea e la futura adesione dell'Unione europea alla CEDU», *www.astrid-online.it*, 25.05.2011, pp. 1-8. Sobre el punto, vid. p. 2.

responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.

Por otra parte, en relación con la segunda cuestión, el TEDH intentó resolver el problema relativo a su incompetencia *ratione personae* en la sentencia *Bosphorus Airways c. Irlanda*, del 30 de noviembre de 2005⁴⁹¹. En dicho asunto, el TEDH, desplazando el objeto de su análisis de la responsabilidad de las instituciones comunitarias, cuya actuación no puede enjuiciarse, se pronuncia acerca del respeto por parte del ordenamiento comunitario de los derechos fundamentales, es decir sobre si dicho sistema cuenta con las adecuadas «garantías sustanciales» y «los mecanismos de control de su observancia» de forma «equivalente»/«comparable» a la garantizada por el TEDH⁴⁹².

En virtud de la teoría de la protección equivalente, los Estados estarían exentos de responsabilidad mientras garanticen un nivel de protección de los derechos humanos al menos equivalente a aquel establecido por el CEDH. Según el Tribunal de Estrasburgo, el ordenamiento de la Comunidad Europea cumpliría con estas condiciones. Aunque el sistema comunitario no prevea la posibilidad para los particulares de interponer un recurso individual ante el Tribunal de Justicia –pone de relieve el TEDH–, estos disponen de instrumentos adecuados de tutela jurisdiccional, como el reenvío prejudicial o el recurso por responsabilidad extra-contractual, en el nivel europeo, y de los remedios previstos a nivel nacional, en el ámbito de sus distintos Estados miembros.

⁴⁹¹ TEDH, sentencia de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus c. Irlanda*, petición n. 45036/98. Anteriormente ya se había pronunciado sobre este asunto el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de julio de 1996, *Bosphorus*, C-84/95. En el caso concreto, se trataba de reglamentos comunitarios, actos directamente aplicables para los Estados miembros, que en virtud del deber de cooperación leal no les dejaban ningún margen de discrecionalidad en orden a su transposición. Por lo tanto, en tales supuestos los particulares no podían recurrir al TEDH, invocando la violación del CEDH por parte de las autoridades nacionales, siéndole estas limitadas a cumplir con las obligaciones impuestas desde la Comunidad Europea.

⁴⁹² *Ibidem*, apartado 155.

Por consiguiente, según el TEDH, existe una «presunción de tutela equivalente», aunque relativa, en virtud de la cual mientras los Estados den correcta actuación a las obligaciones internacionales derivadas de la pertenencia a la Comunidad Europea, se presume que tal actuación sea conforme también al CEDH. Dicha presunción se puede superar solo comprobando la existencia en el ordenamiento comunitario de deficiencias manifiestas en la protección de los derechos garantizados en el Convenio Europeo⁴⁹³. Este último, por tanto, mediante la técnica de la presunción equivalente, asume el rango de parámetro de conformidad también para el ordenamiento comunitario, convirtiéndose en el «instrumento constitucional del orden público europeo» en el ámbito de los derechos humanos⁴⁹⁴.

Si, por lo tanto, hasta que la adhesión no sea vigente, el TEDH podrá considerar responsable de la supuesta violación solo a los Estados miembros por haber transpuesto y ejecutado el Derecho de la UE y no directamente a esta última; tras la adhesión de la UE al CEDH, todo individuo podrá acudir al TEDH, alegando que el Derecho de la Unión, tanto el derecho originario como el derecho derivado, ha violado sus derechos y libertades fundamentales protegidos por el CEDH. Por lo tanto, el TEDH tendrá que pronunciarse sobre si ha habido lugar dicha vulneración y sobre el reparto de responsabilidades entre los Estados y la Unión.

En esta sede, también es oportuno hablar del mecanismo del «litisconsorcio pasivo» o «sistema de intervención necesaria» (codefensor, *co-respondent*, *co-défendeur*), cuyo fin es garantizar que la Unión y/o sus miembros participen

⁴⁹³ *Ibidem*, apartado 156. El TEDH califica de insuficientes los mecanismos procesales previstos para la UE para la protección de los derechos fundamentales en la sentencia de 6 de diciembre de 2012, asunto *Michaud c. France*, petición n. 12323/11 y en la sentencia *Ullens* afirma que cuando los tribunales nacionales rechazan sin fundamento el planteamiento de la cuestión prejudicial vulneran el art. 6 CEDH.

⁴⁹⁴ TEDH, sentencia de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turkey*, apartado 75. Sobre la sentencia *Bosphorus c. Irlanda*, *vid.* entre los muchos comentarios: REPETTO, G., «Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine?», www.associazionedeicostituzionalisti.it, 27.07.2005.

como partes en los procedimientos ante el TEDH en los que se plantee una cuestión concerniente de forma directa o indirecta a la legalidad del Derecho de la Unión⁴⁹⁵.

La UE podrá ser codemandado en el procedimiento ante el TEDH cuando un recurso se dirige contra uno o más Estados miembros de la Unión Europea, por haber ejecutado un acto o realizado una omisión para cumplir con el Derecho de la UE (tanto el derecho originario como el derecho derivado), que ha determinado la violación de los derechos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos. En los supuestos en los que la UE es *co-respondent*, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no ha evaluado la compatibilidad del Derecho la UE podrá pronunciarse al respecto (*prior involvement*)⁴⁹⁶.

En cambio, cuando se plantee un recurso ante el TEDH contra la UE, en el que se cuestione la compatibilidad con los derechos del CEDH y los reconocidos en sus Protocolos a una disposición del TUE, del TFUE o a cualquier otra disposición que tenga el mismo valor jurídico que dichos instrumentos, la legitimación a intervenir como codefensores corresponderá a los Estados miembros.

⁴⁹⁵ Art. 1.4 del Proyecto de Acuerdo sobre la adhesión. Sobre el mecanismo del co-respondent, vid.: CORTÉS MARTÍN, J. M., *op. cit.*. AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», cit.. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *WP IDEIR*, n. 14, 2012, pp. 1-14. LIGUORI, A., «Sul meccanismo di “co-respondent” previsto nel progetto di accordo per l’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti umani», *Riv. dir. intern.*, n. 1, 2014, pp. 174-196.

⁴⁹⁶ Art. 3.6, Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: «*In proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.*».

El mecanismo del *corespondent* además de permitir a la UE ser parte a todos los efectos en los procesos ante el TEDH, dando la propia interpretación del Derecho de la UE y satisfaciendo la fundamental exigencia de contradicción y de desarrollo del proceso a armas pares, daría concreción al principio de responsabilidad, puesto que podría llegar a condenar al sujeto que podría de verdad poner remedio a la violación lamentada. Por ejemplo, en el caso de que la violación haya sido provocada por un acto de derecho derivado de la UE, esta tendrá que responder, interviniendo para eliminar la causa de la supuesta violación. Asimismo si se constatará la violación por parte de un órgano de la UE del CEDH, derivada de un acto de derecho primario, correspondería a los Estados proceder a la revisión de los Tratados. Dicho mecanismo, además, contribuiría a garantizar la autonomía de la UE, evitando eventuales conflictos de competencia entre los Estados miembros y la UE. De tal forma, se garantizarían además las especificidades de esta última (art. 1 Protocolo 8). A tal efecto, se prevé el instituto del «*prior involvement*» del Tribunal de Justicia y la condena solidaria del Estado con la UE (art. 3, par. 7 «*the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation*»), a menos que el TEDH, sobre la base de los motivos expuestos por el demandado y el codemandado y tras recabar la opinión de la demandante, decide que solo uno de ellos se hace responsable.

Y por último, no se puede soslayar que la posibilidad para la UE de participar en los procedimientos ante el TEDH sería un instrumento muy importante para fortalecer el diálogo ya existente entre el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incentivando el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los tribunales europeos. La adhesión de la UE al CEDH no afectará al papel del TJUE, ni a su autoridad, ni a su autonomía. Tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo de las cuestiones concernientes al Derecho de la Unión y el TEDH no asumiría el rango de un Tribunal supremo, sino sería un órgano jurisdiccional de control

externo de las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. Además, de tal forma, el TEDH, como afirma ZAGREBELSKY, V.⁴⁹⁷, podría ejercer el control sobre el funcionamiento en el caso concreto de los mecanismos «horizontales» y asegurar la tutela jurisdiccional de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, de forma igual y al margen del origen de la posible violación, impulsando el proceso de armonización legislativa y jurisprudencial de los derechos humanos y de creación de un sistema jurisdiccional integrado, basado en el diálogo, en la sintonía y en una cooperación armónica entre los «Jueces europeos».

⁴⁹⁷ ZAGREBELSKY, V., «La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», cit, en particular, sobre el punto, vid. p. 7.

II. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*

1. LOS DERECHOS DE JUSTICIA RECONOCIDOS EN LA CARTA

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, desde su proclamación en Niza, el 7 de diciembre de 2000⁴⁹⁸, a pesar de no tener hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa valor jurídicamente vinculante, ha desempeñado una función armonizadora y de síntesis, trazando las líneas de desarrollo de un modelo de proceso penal o, al menos, de un «proceso penal de inspiración europea»⁴⁹⁹. De tal forma, la Carta, mediante el reconocimiento de un sustrato jurídico común, capaz de sentar las bases para la articulación de una Comunidad de Derecho integrada, no solo ha impulsado la consolidación de un espacio europeo de garantías, que ha permitido avanzar en el proceso de integración; sino que, mediante la recepción de los derechos procesales básicos y los principios rectores del proceso penal, ha conformado el núcleo de un derecho constitucional procesal de la Unión Europea⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ La Carta fue proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000, y reafirmada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

⁴⁹⁹ COPPETTA, M^a. G., «Verso un processo penale europeo?», en COPPETTA, M^a. G. (coord.), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Univ. Urbino-Fac.sc.politiche.Ist.giur., Turín, 2005, pp. 11-44. Sobre el punto, vid. p. 12.

⁵⁰⁰ Entre la amplia bibliografía sobre la Carta de los derechos fundamentales, vid.: RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *REDC*, año 22, n. 64, 2002, pp. 13-52. CARRILLO SALCEDO, J. A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *La Ley*, n. 5, 2004, pp. 1719-1721. Al respecto, afirma el autor: «Desde esta perspectiva, la Carta de Derechos Fundamentales aparece en suma como un instrumento jurídico que condensa y expresa los principios generales del Derecho reconocidos generalmente por los Estados miembros de la Unión Europea en materia de derechos humanos, y de ahí su extraordinaria relevancia constitucional». Y del mismo autor vid. también el siguiente estudio: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Rev. derecho com. eur.*, año 5, n. 9, 2001, pp. 7-26. En la misma línea, según García Roca: «Estamos en un “momento constitucional”» «más que verdaderamente constituyente», puesto que la Carta ha sabido convertirse de una declaración política interinstitucional a un *Bill of Rights*. Al respecto, vid. GARCÍA ROCA, F.

La Carta se nos presenta como un instrumento equilibrado, «un moderno modelo de recepción plural»⁵⁰¹, de continuidad y a la vez de innovación respecto a las Constituciones nacionales, que representan su punto de partida, y a los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, en particular el CEDH. Y aunque la Carta no haya sido incorporada formalmente al Tratado de Lisboa⁵⁰², lo cual hubiera representado el símbolo inequívoco de su constitucionalización expresa, desde un punto de vista sustancial esto no ha afectado a su valor y a su eficacia. Al incorporarse al derecho originario de la UE, la Carta se ha convertido en uno de los elementos constitutivos del «bloque de constitucionalidad» (art. 6 TUE), permitiendo a la UE dotarse de un verdadero «catálogo» vinculante de derechos fundamentales, que debe ser respetado por los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta).

La Carta, que ya en su Preámbulo adopta una perspectiva eminentemente antropocéntrica, considerando al individuo y la protección de sus derechos fundamentales el centro de la actuación de la UE, dedica una sección específica,

J., «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los tests de constitucionalidad y convencionalidad», *REP*, n. 119, 2003, pp. 165-190. Sobre esta cuestión, vid. pp. 166. En términos parecidos, también Weber afirma que la Carta se configura como un modelo de una unión constitucional multinivel de derechos fundamentales. WEBER, A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *REDC*, año 22, n. 64, enero-abril, 2002, pp. 79-97. Al respecto, vid. pp. 93 y ss. Sobre la Carta, vid. también: PACE, A., «¿Para qué sirve la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea?: notas preliminares», *Teor. Real. Const.*, n. 7, 2001, pp. 173-186. ROLLA, G., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: su contribución a la formación de una jurisdicción constitucional de los derechos y las libertades», *Rev. eur. der. fund.*, n. 15, 2010, pp. 15-39. ROLLA, G., «Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales: algunas consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *ReDCE*, n. 4, 2005, pp. 87-108. KOKOTT, J./SOBOTTA, C., «The charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon», *EUI Working Paper*, n. 6, 2010, pp. 1-15. CARETTI, P., «La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione europea», *Dir. Un. eur.*, 2005, vol. 10, n. 2, pp. 371-379. MANCINI, G. F., «The Making of A Constitution for Europe», *CMLR*, vol. 26, n. 4, 1989, pp. 595-614.

⁵⁰¹ WEBER, A., *op. cit.*, pp. 83 y ss.

⁵⁰² En este sentido, el art. 6 TUE se limita a hacer un mero reenvío a la Carta de los derechos fundamentales.

el Título VI, a la Justicia (arts. 47 a 50)⁵⁰³. En tales artículos, cuya premisa se puede individualizar en el art. 6 de la Carta, que enuncia el derecho a la libertad y a la seguridad, se reconocen los siguientes derechos y principios fundamentales de naturaleza procesal: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47 de la Carta)⁵⁰⁴, el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (art. 48 de la Carta), los principios de legalidad en

⁵⁰³ Sobre los derechos fundamentales del justiciable recogidos en la Carta, se recomiendan los siguientes estudios: CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit.. LÓPEZ ESCUDERO, M., «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en MANGAS MARTÍN, A./GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 739-758. En el texto referido se recomienda también la lectura de los siguientes comentarios a las disposiciones de la Carta, elaborados por el mismo autor: «Presunción de inocencia y derechos de la defensa», pp. 759-776; «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas», pp. 777-790; «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», pp. 791-808. SENÉS MOTILLA, C., «Derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 129-132. MARTÍN DIZ, F., «Bases para la construcción de un derecho procesal comunitario: garantías procesales fundamentales en la Unión Europea», en FONT SERRA, E., *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, Tomo II, vol. 1, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2004, pp. 269-314. GAMBINO, S. (trad. por FAGGIANI, V.), «Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales», *ReDCE*, n. 13, 2010, pp. 83-120. RALLO LOMBARTE, A., «Las garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARRIDO MAYOL, V./GARCÍA COUSO, S./ÁLVAREZ CONDE, E. (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 2, cit., pp. 1629-1652. ESER, A., «Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights mixture of substantive rights and procedural rights», *RITSUMEI*, n. 26, 2009, pp. 163-190. PABEL, K., «The Right to an effective remedy pursuant to Article II-107 Paragraph 1 of the Constitutional Treaty», en DANN, P./RYNKOWSKI, M.(coords.), *The unity of the European constitution*, Springer, Berlin, 2006, pp. 207-225.

⁵⁰⁴ El TJ desde los comienzos de su actividad ha considerado el derecho a la tutela judicial efectiva un principio general del Derecho comunitario, que se deriva de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. El TJ consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho (TJ, *Johnston*, cit., apartados 18 y 19; TJ, sentencia de 15 de octubre de 1987, *Heylens y otros*, C-222/86, apartado 14; TJ, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, cit., apartado 39; y TJ, sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, apartado 37), que ha sido consagrado en el art. 6 del CEDH.

materia penal y de proporcionalidad de los delitos y de las penas (art. 49 de la Carta) y el derecho del justiciable a no ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley (art. 50 de la Carta).

Además, junto a tales derechos, la Carta contiene también otras disposiciones que pueden tener efectos indirectos en el ámbito penal y que el juez, el legislador o las demás autoridades deberían tener en cuenta a la hora de realizar una ponderación equilibrada de los distintos intereses en juego, operando como límites a su actividad. Entre tales derechos, se encuentran, por ejemplo: el derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte (art. 2), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 3), la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos y degradantes (art. 4), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5), el respeto de la vida privada y familiar (art. 7), el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 8), el derecho a la libertad de pensamiento (art. 10), el derecho a la libertad de expresión y de información (art. 11), el derecho a la protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19) o a la protección diplomática y consular (art. 46).

Todos estos derechos, que constituyen el contenido esencial del «derecho procesal de la UE», mediante su reconocimiento, en un texto, que tiene eficacia directa y el mismo valor jurídico vinculante que los Tratados (art. 6.1 TUE), adquieren un carácter «materialmente constitucional», asumiendo el rango de derechos fundamentales. Según CALDERÓN CUADRADO, tales derechos no solo se incluyen en el «género» derechos fundamentales, sino también en la «especie» relativa a los derechos de los ciudadanos en cuanto sujetos relacionados con la jurisdicción⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad*,

De la lectura sistemática de las disposiciones en materia de Justicia contenidas en el Título VI de la Carta junto a las disposiciones horizontales del Título VII (arts. 51-54)⁵⁰⁶, se puede observar en su formulación que se han tenido en cuenta los distintos perfiles y niveles de tutela que caracterizan el ordenamiento jurídico de la Unión, las principales categorías conceptuales que integran la más amplia y poliédrica noción de derecho a la tutela judicial efectiva y la reiterada jurisprudencia pronunciada por el TEDH y por el TJUE.

De tal forma, en virtud de su carácter fundamental, tales derechos, desde un punto de vista objetivo, se convierten en el parámetro normativo de referencia constante en la interpretación y aplicación del Derecho de la UE para sus instituciones y órganos, así como para los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la UE, limitando y modulando las formas de ejercicio de los poderes públicos, que tendrán el deber de protegerlos y promoverlos. Su reconocimiento en un texto dotado de un valor «materialmente constitucional» les otorga una mayor fuerza y seguridad jurídica, puesto que son los derechos procesales los que permiten la aplicación efectiva de los demás derechos fundamentales. En este sentido, la Carta no se limita a recopilar sintéticamente los derechos fundamentales de naturaleza procesal sino que, mediante su recepción en un texto con valor de Derecho originario, los hace visibles a la Unión, como Comunidad de Derecho, y a sus ciudadanos, considerándolos parte de un patrimonio constitucional y de una identidad común.

Y desde un punto de vista más bien subjetivo, se otorga a los particulares un conjunto de derechos fundamentales, inviolables e indisponibles, los cuales corresponden y, por lo tanto, deben asegurarse a todas las personas, independientemente de su nacionalidad y de si están legalmente en el territorio

seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal, cit., pp. 173-238. Al respecto, en particular, vid. pp. 203 y ss.

⁵⁰⁶ Sobre las disposiciones horizontales de la Carta contenidas en Título VII, se reenvía a ALONSO GARCÍA, R., «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Eur LJ*, vol. 8, n. 4, 2002, pp. 492–514.

de un Estado miembro de la UE. Esto significa que tales derechos subjetivos públicos atribuyen a los ciudadanos europeos y a los ciudadanos nacionales de terceros países que se encuentran en el territorio europeo un conjunto de pretensiones que se pueden invocar, tanto ante el Tribunal de Justicia de la UE, solicitando la tutela judicial con respecto a todo acto comunitario que les afectara, en vía indirecta, mediante la interposición de la cuestión prejudicial, y, en vía directa, contra los actos de los que sean destinatarios o que les afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución, como ante los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros «cuando apliquen el Derecho de la Unión» (art. 51 de la Carta).

Estos últimos, en particular, podrán pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 267 TFUE, con carácter prejudicial, tanto sobre la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión así como sobre la validez de tales actos, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Para las instancias cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, el reenvío prejudicial al TJ constituye una obligación. De tal forma, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad⁵⁰⁷.

De todo ello, por lo tanto, se puede afirmar que los derechos fundamentales reconocidos expresamente en la Carta y los que se pueden reconducir implícitamente dentro de su alcance, por su importancia en el desarrollo del proceso penal, se proyectan tanto hacia el justiciable, otorgándole pretensiones

⁵⁰⁷ En este sentido, se expresa la sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, apartados 51 y 52. Y por último, vid. la sentencia del TJ, de 11 de septiembre de 2014, *A y B y otros*, C-112/13, apartados 34 y ss.

jurídicas que pueden ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales comunitarios así como ante los órganos jurisdiccionales nacionales cuando apliquen el Derecho de la Unión. Y a la vez, su incidencia acaba proyectándose directamente hacia la Comunidad en su conjunto. De tal forma, aceptando la existencia de un marco europeo común y vinculante, se contribuye progresivamente a reducir las distancias entre los ordenamientos que componen la UE y a reforzar la confianza en los sistemas de justicia de sus Estados miembros, dando unidad al sistema.

El Título VI de la Carta en materia de Justicia comienza con el art. 47, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial, dejando entrever la complejidad estructural de este derecho, al ser integrado a su vez por una pluralidad de derechos, que requieren el respaldo de garantías específicas. Al respecto, el art. 47 prevé que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva frente a violaciones de sus «derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión», en condiciones que permitan 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», pudiendo hacerse aconsejar⁵⁰⁸, defender⁵⁰⁹ y representar⁵¹⁰ (apartado 2) y disfrutando, en

⁵⁰⁸ En el Libro Verde, de 19 de febrero de 2003, sobre garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea, COM (2003) 0075, la Comisión llegó a la conclusión de que, si bien todos los derechos que integran la noción de «derechos del juicio imparcial» son importantes, algunos derechos son tan fundamentales que es preciso darles prioridad en esta fase. El primero de todos estos derechos es el derecho al asesoramiento y a la asistencia por abogado. Si un individuo en cualquier fase del proceso no tiene abogado, tiene también menos posibilidades de conocer sus derechos y, por consiguiente, de que éstos se respeten. Es por tal razón que tales derechos se consideran «el fundamento de todos los restantes». En cambio, si el sospechoso o inculcado será asistido por un abogado, tendrá también más oportunidades de ser informado y de comprender tales informaciones y, por lo tanto, de ejercer sus derechos con más facilidad. La Comisión considera este derecho como la base de los demás, un derecho esencial para que el inculcado pueda conocer sus derechos y de ahí defenderse. A continuación, se consideró estrictamente relacionado con el primero el derecho del sospechoso o acusado a comprender de que se le acusa y la naturaleza del proceso en una lengua que entienda y en la que pueda expresarse adecuadamente. En el caso de que esto no fuera posible se le debería facilitar un intérprete y un traductor cualificado. En cambio, la Comisión consideró que el derecho a fianza, es decir a la libertad provisional pendiente de juicio, el derecho a la imparcialidad en la práctica de la

su caso, de asistencia jurídica gratuita cuando no se disponga de recursos suficientes y dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del

prueba, el derecho a la presunción de inocencia y el principio del *ne bis in idem*, los procesos en rebeldía y la posición de las víctimas en el proceso necesitaran un estudio sucesivo, separado y específico.

⁵⁰⁹ En lo que concierne al derecho a la defensa, es interesante observar que el TJ, en la sentencia relativa al asunto *A y B y otros*, afirma que: «En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el artículo 24 del Reglamento nº 44/2001, considerado a la luz del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional designa con arreglo a la legislación nacional un representante judicial por ausencia para un demandado al que no se ha notificado el escrito de demanda por carecer de lugar de residencia conocido, la comparecencia de dicho representante no equivale a la comparecencia del demandado ausente, a efectos del artículo 24 del citado Reglamento, que determina la competencia internacional del tribunal nacional» (apartado 61). Lo contrario afectaría al justo equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa. Para justificar su posición, el TJ acude a la jurisprudencia sobre el art. 27, punto 2, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; EE 01/01, p. 186; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), en su versión modificada por los sucesivos convenios relativos a la adhesión de los nuevos Estados miembros a ese Convenio, así como a la jurisprudencia relativa al artículo 34, punto 2, del Reglamento nº 44/2001. De tales pronunciamientos se desprende que «un demandado que ignora la existencia de un procedimiento iniciado en su contra y por el que comparece un abogado o un “curador” a quien no le ha otorgado poderes se encuentra en una situación en la que le resulta imposible defenderse efectivamente y debe, por consiguiente, considerársele en rebeldía a efectos de esa disposición, aun cuando el procedimiento haya adquirido carácter contradictorio» (TJ, sentencia de 10 de octubre de 1996, *Hendrikman y Feyen*, C-78/95, apartado 18, y sentencia de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka*, apartados 53 y 54). En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante garantizado por el art. 47 de la Carta debe aplicarse respetando a la vez su derecho de defensa (vid. apartados 56 y ss). Y aunque el Tribunal de Justicia en las sentencia *Hypoteční banka* afirma que el Reglamento nº 44/2001, interpretado a la luz del artículo 47 de la Carta, no se opone a un procedimiento contra un demandado ausente en el que este ha sido privado de la facultad de defenderse eficazmente; el TJ ha hecho hincapié en que el demandado tiene la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa, oponiéndose, en virtud del artículo 34, punto 2, del citado Reglamento, al reconocimiento de la sentencia dictada en su contra (*Hypoteční banka*, apartados 54 y 55).

⁵¹⁰ Vid. Tribunal de Justicia, sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst A. G. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-46/87 y 227/88. En la sentencia *Hoechst/Comisión*, el Tribunal de Justicia sostuvo explícitamente que el derecho a la representación por abogado es uno de los derechos fundamentales que rigen el procedimiento administrativo, cuya violación puede llevar a la imposición de penas. Aunque los procedimientos no eran penales, la declaración del Tribunal de Justicia era amplia «si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa solo afectan a los procedimientos de naturaleza contradictoria que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras, como el derecho a asesoramiento jurídico [...] deben ser respetadas ya en la fase de investigación previa» (apartado 16 de la referida sentencia).

acceso a la justicia (apartado 3)⁵¹¹. A continuación, el art. 48 de la Carta se limita a enunciar el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa. Por lo tanto, el primero, el art. 47 hace referencia a los derechos y a las garantías de carácter propiamente «orgánico», es decir el derecho a un juez independiente e imparcial⁵¹², establecido previamente por ley, y a los derechos y garantías propiamente procesales que caracterizan todo tipo de proceso; y el art. 48 de la Carta procede a reconocer, aunque sin especificarlos ni definirlos, los derechos de la defensa, que caracterizan exclusivamente el proceso penal.

La Carta ofrece un catalogo bastante general, sin duda no exhaustivo y mucho más sintético que el CEDH, del conjunto de «garantías jurisdiccionales»,

⁵¹¹ El Tribunal de Justicia ha procedido a definir el alcance del derecho a la asistencia jurídica, reconocido en el art. 47.3 de la Carta, en la sentencia relativa al asunto *DEB*, cit. (apartados 36 y ss). Aunque, el último párrafo de las Explicaciones correspondiente a este artículo hace referencia a la sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 (TEDH, de 9 de octubre de 1979, asunto *Airey c. Ireland*, petición n. 6289/73), según la cual debe concederse asistencia jurídica gratuita cuando la falta de esta asistencia haga ineficaz la garantía de la tutela judicial efectiva, el TJUE observa que en esta sentencia no se precisa si tal asistencia debe concederse a las personas jurídicas ni la naturaleza de los conceptos a los que se hace referencia. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia procede a interpretar el art. 47.3 a la luz de su «contexto», teniendo en cuenta las demás normas del ordenamiento de la Unión, del Derecho de los Estados miembros y de la jurisprudencia del TEDH (apartado 37). Ahora bien, como señaló la Comisión de las Comunidades Europeas en sus observaciones escritas, el término «persona» empleado en los dos primeros párrafos del artículo 47 de la Carta puede referirse a las personas físicas, pero, desde un punto de vista estrictamente lingüístico, no excluye a las personas jurídicas. Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 47 de la Carta se encuentra dentro del Título VI de la misma, relativo a la justicia, en el que se enuncian otros principios procesales que resultan de aplicación tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Igualmente, la inclusión de la disposición relativa a la concesión de asistencia jurídica gratuita en el artículo de la Carta relativo al derecho a la tutela judicial efectiva indica que la necesidad de conceder esta asistencia debe apreciarse tomando como punto de partida el derecho de la propia persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados, y no el interés general de la sociedad, aunque éste pueda constituir uno de los criterios de apreciación de la necesidad de asistencia. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara que el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que no se excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia concedida en aplicación de este principio pueda incluir, en particular, la dispensa del pago anticipado de las costas del procedimiento y/o de la asistencia letrada (apartados 40 a 42).

⁵¹² Sobre el derecho a un juez independiente e imparcial, vid.: MONTERO AROCA, J., «Derecho a un juez independiente e imparcial», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit..

que integran la noción de «derechos del juicio imparcial» y resume los derechos de la defensa en una «cláusula abierta» omnicomprendiva. El uso de una cláusula abierta y de conceptos generales permite incluir en el alcance de los arts. 47 y 48 derechos no reconocidos expresamente, a través del reenvío tanto al CEDH y a la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH y por el TJUE, como al Derecho de los Estados miembros, ofreciendo un cierto margen a una interpretación más dinámica y evolutiva⁵¹³.

Por ejemplo, aunque ni la Carta ni el CEDH contemplan de forma expresa el derecho a un traductor ni el derecho a ser informado de los propios derechos procesales⁵¹⁴, el carácter fundamental de tales derechos se puede deducir implícitamente de la jurisprudencia del TEDH⁵¹⁵, que en sus pronunciamientos ha contribuido a definir su contenido esencial, a partir del art. 6 CEDH. Por todo ello, se considera que tales derechos procesales están incluidos en el ámbito de protección de los arts. 5 y 6 CEDH y 6, 47 y 48.2 de la Carta.

En cambio, en otras circunstancias, se puede observar que la Carta otorga a determinados derechos una protección más reforzada respecto al CEDH. La Carta, por ejemplo, reconoce expresamente los principios de retroactividad de la

⁵¹³ Vid. GAMBINO, S. (traducción de FAGGIANI, V.), *op. cit.*, pp. 111 y ss. Según el autor, «a través de la incorporación (aunque solo sustancial) de las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los “nuevos” Tratados no realizan aportaciones sustancialmente innovadoras, limitándose a asumir como punto de referencia (aunque en modo no orgánico) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” y las disposiciones y principios acogidos en el CEDH, garantizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En este sentido, el art. 47 de la Carta constituye «una disposición de ningún modo innovadora respecto a las más importantes Constituciones europeas, que se limita a hacer más “evidentes” y “visibles” derechos que habían sido reconocidos y tutelados anteriormente».

⁵¹⁴ Al respecto, vid. GARRIDO CARRILLO, F. J./FAGGIANI, V., «La armonización de los derechos procesales en la UE», *RGDC*, n. 16, 2013, pp. 1-40. 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», *RGDPPr*, n. 30, 2013, pp. 1-21. SPRONKEN, T., *EU-wide Letter of Rights in criminal proceedings: towards best practice*, Maastricht University, Maastricht, 2010. SPRONKEN, T./VERMEULEN, G./DE VOCHT, D./VAN PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerp/Apeldoorn/Portland, 2009.

⁵¹⁵ Sobre el derecho a un intérprete y a un traductor, entre las muchas sentencias pronunciadas por el TEDH se reenvía al Capítulo III, Segunda Parte, de este trabajo de investigación.

ley penal favorable (*lex mitior*) y de proporcionalidad de los delitos y de las penas⁵¹⁶. En particular, el primero reconocido en el art. 49.1 dispone que: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta». Dicha disposición asume gran importancia, pues el reconocimiento en este artículo del principio de la *lex mitior* otorga a los particulares una tutela más extensa que el CEDH, en concreto su art. 7.1, que lo reconoce solo implícitamente, limitándose a afirmar que: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

El mismo TEDH, en la sentencia *Scoppola vs. Italia*⁵¹⁷, haciendo referencia al art. 49 de la Carta, en aquel momento solo proclamada, y a la sentencia *Berlusconi* del Tribunal de Justicia⁵¹⁸, ha afirmado la necesidad de considerar que el art. 7.1 CEDH no consagra solo el principio de irretroactividad de las leyes penales más severas, sino también e implícitamente el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable. Este principio se traduciría en la siguiente disposición: si la ley penal en vigor en el momento de la comisión del delito y las leyes penales posteriores adoptadas antes del pronunciamiento de

⁵¹⁶ Vid. MANACORDA, S., «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 147-192. Al respecto, vid. pp. 168 y ss. El autor incluye el principio de retroactividad de la ley penal favorable y el principio de proporcionalidad en la categoría de los «derechos reforzados» por la Carta junto a la prohibición de la pena de muerte (art. 2 CEDH y art. 2 de la Carta).

⁵¹⁷ TEDH, *Scoppola contra Italia* (n. 2), cit..

⁵¹⁸ TJ, sentencia de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, apartados 68 y 69.

una sentencia definitiva son distintas, el juez tiene que aplicar aquella cuyas disposiciones son más favorables al reo.

También es muy importante el reconocimiento en el art. 49.3 de la Carta del principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas, según el cual: «La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción». En muchos de los Estados de la UE este principio no está recogido en forma expresa en el texto constitucional sino que tiene más bien un origen jurisprudencial.

Más extensa es también la protección otorgada al *ne bis in idem*. Este principio recogido inicialmente en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen⁵¹⁹ fue reconocido posteriormente por el Tribunal de Justicia, que afirmó su aplicabilidad desde la sentencia *Gutmann/Comisión*, pronunciada en 1966⁵²⁰. Según el Tribunal de Justicia, el principio del *ne bis in idem* es una manifestación tangible de la tutela judicial efectiva frente al ejercicio del *ius puniendi* del cual deriva «un derecho subjetivo al tratamiento unitario de la acción represiva»⁵²¹ y mediante el cual se «pretende evitar que una persona [...] se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros»⁵²².

⁵¹⁹ Antes del art. 54 CCAA, una primera formulación del *ne bis in idem* se encontraba en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989 por la que se aprueba la declaración de los derechos y libertades fundamentales (en especial los artículos 20 y 25) (DO 1989, C 120, p. 51). También hacían referencia a este principio el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas de 25 de mayo de 1987 relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem*, el artículo 2 del Protocolo Adicional de 15 de octubre de 1975 al Convenio de Extradición del Consejo de Europa que modificó el artículo 9 de este y el artículo 35 del Convenio europeo sobre la transferencia de la persecución penal de 15 de mayo de 1972.

⁵²⁰ TJ, sentencia de 15 de marzo de 1967, *Gutmann c. Comisión*, 18/65 y 35/65.

⁵²¹ Conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 8 de abril de 2008, *Bourquain*, C-297/07, apartado 49.

⁵²² TJ, sentencia de 11 de febrero de 2003, *Gözütök y Brügge*, C-187/01 y C-385/01. En esta sentencia el TJ afirmó que el art. 54 CCAA «pretende evitar que una persona [...] se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros» (apartado 38). En el mismo sentido, vid. también las sentencias de 10 de marzo de 2005, *Miraglia*, C-469/03, y *Van Esbroeck*, cit. (apartados 32 y 33, respectivamente).

Su importancia es tal en los asuntos penales con dimensión transfronteriza que se decidió darle un reconocimiento oportuno en el art. 50 de la Carta. Dicha disposición, según la cual «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley», no se limita a reconocer este principio desde una dimensión interna, asegurando su vigencia dentro de la jurisdicción del Estado, como hacen el art. 4 del Protocolo n. VII al CEDH o el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, sino que abarca también su dimensión europea-transnacional⁵²³.

Además, huelga observar que el Protocolo n. 7, adoptado el 22 de noviembre de 1984, ha sido ratificado por 43 miembros del Consejo de Europa; Alemania, Bélgica, Países Bajos y el Reino Unido no lo han ratificado y otros han puesto reservas o han hecho declaraciones para limitar su alcance en el ámbito penal, como Francia, Austria, Italia y Portugal. Sin embargo, al margen de la falta de ratificación de este documento por parte de algunos Estados miembros, esto no impide una interpretación coherente del artículo 50 con el art. 4 del Protocolo n. 7, considerando la identidad de sentido de ambas disposiciones⁵²⁴.

Dos son las ideas jurídicas subyacentes al principio del *ne bis in idem*: por un lado, la prohibición de una segunda persecución en un mismo asunto que afecte a la misma persona («*Erledigungsprinzip*», es decir, el principio de

⁵²³ El art. 4 del Protocolo VII al CEDH, que reconoce el principio del *ne bis in idem* interno, dispone que: «1. Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio».

⁵²⁴ En el mismo sentido, vid. la Opinión del Abogado General N. Jääskinen, presentada el 2 de mayo de 2014, *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU, apartados 62-64.

agotamiento de los procedimientos) y, por otro lado, del principio de la toma en consideración («*Anrechnungsprinzip*»), que implica que, cuando ya se haya impuesto una condena por el mismo delito en otro país, la nueva resolución se debe tener en cuenta para reducir la segunda condena⁵²⁵. El primer aspecto se basa en las exigencias de la seguridad jurídica y el segundo de la equidad, de la que las reglas de proporcionalidad son un instrumento⁵²⁶. De tal forma, el *ne bis in idem* se configura «como un derecho fundamental, protector del ciudadano frente al poder público, que solo permite la absolución si, salvaguardadas todas las garantías y practicadas las diligencias de cargo adecuadas, no se desvanece la inocencia»⁵²⁷. Tampoco, procede inquietar a quien ha sido absuelto, porque considerado no culpable⁵²⁸. Su objetivo es reforzar la confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal, con el objeto de que cada uno de ellos acepte y reconozca la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente⁵²⁹.

⁵²⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo — Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal [COM (2000) 495 final].

⁵²⁶ Conclusiones, *Gözütok* y *Brügge*, cit., apartados 49 y 50.

⁵²⁷ Opinión del Abogado General Niilo Jääskinen, cit., apartado 70.

⁵²⁸ Ídem.

⁵²⁹ TJ, *Van Straaten*, cit., apartado 43; TJ, *Van Esbroeck*, cit., apartado 30.

2. LA FUNCIÓN DEL ART. 53 DE LA CARTA TRAS LA SENTENCIA *MELLONI*

El Tribunal de Justicia ha precisado, primera vez, en la sentencia *Melloni*, de 26 de febrero de 2013⁵³⁰, el contenido y el alcance del art. 53⁵³¹ de la Carta sobre el nivel de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, previsto en tal documento en relación con las demás fuentes de derechos con las que la Unión Europea se relaciona, y su compatibilidad con los artículos 47 y 48.2 de la Carta, que reconocen respectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial y los derechos de la defensa.

Dicha sentencia, con la que el Tribunal de Justicia de la UE responde al primer reenvío prejudicial interpuesto por el Tribunal Constitucional español⁵³², con auto 86/2011, de 9 de junio⁵³³, representa el ejemplo emblemático del

⁵³⁰ TJUE, *Melloni*, cit..

⁵³¹ En lo que concierne al alcance del art. 53 de la Carta, se reenvía a los apartados 55-64 de la sentencia *Melloni*. Más en general, en relación con su interpretación por parte de la doctrina, se reenvía a: CARTABIA, M., «Art. 53», en BIFULCO, R./CARTABIA, M./CELOTTO, A. (coords.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia, 2001, pp. 360-366; y ALONSO GARCÍA, R., «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», cit..

⁵³² Auto TC 86/2011, de 9 de junio. El TC se pronunció finalmente sobre el caso *Melloni* en la sentencia STC n. 26/2014, del 13 de febrero.

⁵³³ En su auto de remisión, el auto 86/2011, de 9 de junio, el TC formula tres cuestiones prejudiciales (dos de interpretación, la primera y la tercera, y una de validez, la segunda). Con la primera cuestión prejudicial, el TC pregunta al TJ si el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. La segunda cuestión concierne a la compatibilidad del art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta. Y por último, el TC pregunta al TJ si en el caso de que se resuelva afirmativamente la segunda cuestión, el art. 53, interpretado sistemáticamente con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, permite a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de

laberinto⁵³⁴ en el que se desarrolla el denominado «diálogo de los tribunales» o «diálogo judicial europeo»⁵³⁵, que se articula sobre distintos niveles y espacios constitucionales de protección de los derechos fundamentales, cuyas fuentes se

protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro. Tales cuestiones se basaban en la consideración de que el TC, a través de un recurso de *amparo*, puede controlar indirectamente las eventuales violaciones de los derechos fundamentales provocadas por resoluciones judiciales extranjeras, en este caso, una euro-orden, las cuales tienen que ser ejecutadas en España. En concreto, en el presente asunto, el parámetro de control estaba constituido por el «contenido absoluto» del derecho a un proceso con todas las garantías, es decir el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad humana. ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», *InDret*, n. 4, 2011, pp. 1-25. De acuerdo con el autor: «En definitiva, la decisión de solicitar la colaboración del Tribunal de Justicia en relación con la integración de elementos correspondientes a la resolución del recurso de amparo, pero atinentes, recuérdese, al enjuiciamiento de la validez y a la interpretación uniforme de disposiciones de Derecho de la Unión, lejos de reflejar un signo de debilidad institucional del Tribunal Constitucional de España, contribuye, con carácter general, a incrementar su legitimidad y reforzar su posición en el sistema, y le coloca, además, en una mejor posición procesal de cara a la resolución de unos interrogantes de tanto interés para el desarrollo de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional como son los suscitados en el ATC 86/2011, de 9 de junio». Sobre el primer reenvío prejudicial al TJ, vid.: AGUILAR CALAHORRO, A., «La primera cuestión planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86-2011, de 9 de junio», *ReDCE*, n. 16, 2011, pp. 471-512.

⁵³⁴ Al respecto, se adopta la expresión utilizada por MANES, V., en su: *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit..

⁵³⁵ Sobre el diálogo judicial europeo, vid.: BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *ReDCE*, n. 7, 2007, pp. 327-378. SCIARABBA, V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padua, 2008. CASSESE, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma, 2009. DOUGLAS-SCOTT, S., «A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European human rights acquis», *CMLR*, vol. 43, n. 3, 2006, pp. 629-665. HARPAZ, G., «The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy», *CMLR*, vol. 46, n. 1, 2009, pp. 105-141. RUGGERI, A., «“Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)», www.dirittifondamentali.it, 2013, pp. 1-25. SCHILLACI, A., «La cooperazione nelle relazioni tra Corte di Giustizia dell’Unione Europea e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo», *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-13. LAFFRANQUE, J., «Who Has the Last Word on the Protection of Human Rights in Europe?», *Jurídica Internacional*, XIX, 2012, pp. 1-18. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: http://juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2012_1_117.pdf. GARLICKI, L., «Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe», *ICON*, vol. 6, n. 3-4, 2008, pp. 509-530.

intersecan y en muchos casos coliden, dando vida a una «batalla permanente» en la constante necesidad de encontrar un punto de equilibrio.

A las tres cuestiones prejudiciales formuladas por el TC en el caso *Melloni*, el Tribunal de Justicia⁵³⁶ responde dictando la última palabra y reafirmando sustancialmente la primacía del Derecho de la UE y de los valores europeos fundamentales (aunque esto pudiera perjudicar el principio de la tutela prevalente) en el intento de mantener una cierta homogeneidad del sistema.

El Tribunal de Justicia, conformándose sustancialmente a la posición expresada por el Abogado General Y. Bot en sus Conclusiones⁵³⁷, afirma, en

⁵³⁶ Entre los muchos comentarios elaborados a la sentencia *Melloni*, se reenvía a: RUGGERI, A., «La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni)», *www.diritticomparati.it.*, 2.04.2013. RUGGERI, A., «La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)», *Dir. Un. eur.*, n. 2, 2013, pp. 399-408. EPIDENDIO, T. E., «Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali», *Quaderni cost.*, n. 2, 2013, pp. 451-453. CONTI, R., «Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni», *www.diritticomparati.it.*, 5.04.2013. DE AMICIS, G., «All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"», *Forum di Quad. cost.*, 5.05.2013, pp. 1-22. El mismo artículo ha sido publicado también en la Revista: *Dir. pen. cont.*, 7.06.2013. DI MARTINO, A., «Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia», *www.diritticomparati.it.*, 30.03.2013. AMALFITANO, C., «Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia», *Dir. pen. cont.*, 4.07.2013, pp. 1-25. MANACORDA, S., «Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia», *Dir. pen. cont.*, 17.5.2013, pp. 1-14. SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., «Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *CMLR*, vol. 50, n. 5, 2013, pp. 1267-1304. TINSLEY, A., «Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni», *NJECL*, 2012, vol. 3, pp. 19-30. VECCHIO, F., «I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali», *Quaderni cost.*, n. 2, 2013, pp. 454-456. DE BOER, N., «Addressing rights divergence under the Charter: Melloni», *CMLR*, vol. 50, n. 4, 2013, pp. 1083-1103.

⁵³⁷ Conclusiones del Abogado General del TJUE Y. Bot presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni*, C-399/11, apartado 112. Al respecto, vid.: RUGGERI, A., «Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)», *www.diritticomparati.it.*, 5.10.2012. Según el autor: «*Confesso un'impressione che ho subito avvertito, forte, a prima lettura delle Conclusioni cui si dirige questo breve commento; ed è che il caso, la posta in palio (dar seguito, o no, al mandato di arresto), abbia lasciato un segno sulla linearità del ragionamento svolto dall'avvocato*

relación con la primera cuestión planteada, que el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.

En segundo lugar, en relación con la cuestión de validez, el Tribunal de Justicia se pronuncia en el sentido de la compatibilidad de tal artículo con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48.2 de la Carta. Y finalmente, en lo que concierne a la tercera cuestión de interpretación, el Tribunal de Justicia, consciente de la relevancia del caso concreto a resolver, parece adoptar una posición prudente y abierta a desarrollos futuros, afirmando que «El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una

*generale Y. Bot, di solito – come si sa – stringente e largamente persuasivo»..... «Il vero è che all'autore delle Conclusioni preme dimostrare che ciò che solo conta è quanto è stabilito dal diritto dell'Unione: la tutela più "intensa" è, e non può che essere, quella offerta da quest'ultimo, senza alcun riguardo per un'eventuale, diversa tutela stabilita a livello nazionale, la quale potrebbe acquistare rilievo nel solo caso – dice Y. Bot – che a livello di Unione non si dia una definizione del grado di protezione che dev'essere accordata a un certo diritto (punto 124 ss.)». También, vid.: MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *RGDE*, n. 30, 2013, pp. 1-45. Respecto de la labor del Abogado General en las Conclusiones el autor afirma: «Pareciera que el TJ ha querido venir en socorro del Abogado General utilizando la técnica de "otros vendrán que bueno me harán". De hecho, el Abogado General hizo todo lo que el Tribunal debería haber hecho y no hace» (v. p. 33).*

vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución»⁵³⁸.

La interpretación sistemática realizada por parte del Tribunal de Justicia del art. 53⁵³⁹ en relación con los artículos 47 e 48 de la Carta constituye la clave de lectura del nuevo espacio europeo de justicia penal post-Lisboa y de la nueva imagen que está destinado a asumir. En este sentido, es evidente su intento de mantener el equilibrio entre los distintos niveles y espacios constitucionales de protección de los derechos fundamentales que integran la Unión Europea, considerando las circunstancias del caso concreto y los intereses específicos que inspiran su acción. Entre los principios fundamentales, que constituyen el fundamento del «pacto constitucional» entre los Estados miembros, destacan, en particular, por su importancia, el principio de la primacía, que el TJ en esta sentencia intenta preservar «cueste lo que cueste»⁵⁴⁰, siendo una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión⁵⁴¹, incluso si se opone a una disposición de carácter constitucional, de certeza del derecho, de unidad y de eficacia del Derecho de la Unión y la exigencia de garantizar su aplicación uniforme, mediante la adopción de un estándar homogéneo de tutela de los derechos fundamentales.

De tal forma, el Tribunal de Justicia pretende asegurar los valores comunes de la dignidad humana, de la libertad, de la democracia, de la igualdad, del Estado de Derecho y del respeto a los derechos humanos (art. 2 TUE), contribuyendo a la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y

⁵³⁸ TJUE, *Melloni*, cit., apartado 64.

⁵³⁹ Al respecto, la disposición horizontal contenida en el art. 53 de la Carta, prevé que: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

⁵⁴⁰ RUGGERI, A., «La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento ...», cit..

⁵⁴¹ TJUE, *Melloni*, cit., apartado 59.

justicia (arts. 3 TUE y 67 TFUE), en el que los derechos fundamentales sean garantizados no solo abstractamente, sino efectivamente y en función de los cuales se permite «graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales»⁵⁴².

Por lo tanto, el art. 53 de la Carta, que exhorta a los Estados miembros de la UE a mantener un nivel de protección de los derechos reconocidos en la Carta, al menos equivalente al nivel garantizado por el Derecho de la UE, según el TJ, no constituiría una simple «cláusula de estándar mínimo»⁵⁴³, como el art. 53 del CEDH. Este último se parece solo aparentemente al homólogo artículo contenido en la Carta. Además, si se interpretara el art. 53 de la Carta como una «cláusula de estándar mínimo», los Estados miembros podrían aplicar el estándar de protección más elevado derivado de sus Constituciones⁵⁴⁴, permitiendo a un Estado miembro subordinar la ejecución de una orden europea de detención emitida para ejecutar una decisión pronunciada *in absentia* a condiciones que permitan evitar una interpretación que reduzca o vulnere los

⁵⁴² Conclusiones del Abogado General del TJUE Y. Bot, *Melloni*, cit., apartado 112.

⁵⁴³ La primera de las tres posibles interpretaciones del art. 53 de la Carta planteadas por el TC en su auto de remisión consistía en concebirlo como una cláusula de estándar mínimo característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como la que contiene el artículo 53 del CEDH. De opinión contraria es el Abogado General Y. Bot, que en sus conclusiones rechaza dicha interpretación con firmeza (apartados 90 a 92). Según la segunda interpretación propuesta por el TC, al art. 53 se le podría atribuir la función de delimitar el ámbito de la Carta y de las Constituciones de los Estados Miembros, lo cual comportaría aplicar en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar de protección de la Carta. En cambio, fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión, la Carta no impediría la aplicación del estándar de protección de los derechos fundamentales previsto por la Constitución de un Estado miembro. El Abogado General rechaza también esta interpretación, afirmando que: «Esa lectura del artículo 53 de la Carta implicaría que el Tribunal Constitucional debería adaptar su jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 24 de la Constitución española en el contexto de la aplicación del artículo 4 bis de la Decisión marco. En cambio, fuera del campo de aplicación de la Decisión marco, el Tribunal Constitucional tendría libertad para aplicar un grado de protección de los derechos fundamentales más elevado» (apartado 94). Y por último, según la tercera interpretación ofrecida por el TC, las dos interpretaciones anteriores se podrían adoptar alternativamente en función de las características del problema concreto de protección de los derechos fundamentales de que se trate y del contexto en el que se aprecie el grado de protección que debe exigirse (apartado 95).

⁵⁴⁴ Conclusiones del Abogado General del TJUE Y. Bot, *Melloni*, cit., apartado 91.

derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y esto sin que el nivel de protección más elevado vigente en aquello Estado miembro deba necesariamente extenderse a los demás Estados a través del TJ, que los hace suyos. Tal solución acabaría además obstaculizando la ejecución de las órdenes europeas de detención emitidas para ejecutar las decisiones pronunciadas *in absentia*.

Esto significa que la Carta no puede considerarse un instrumento exclusivo y aislado de protección de tales derechos, puesto que se encuentra a coexistir y coordinarse con una pluralidad de fuentes⁵⁴⁵. Tampoco puede considerarse una «cláusula o criterio de solución de eventuales antinomias o conflictos» entre una norma de derecho derivado que, interpretada a la luz de la Carta, fijaría un determinado estándar de protección de un derecho fundamental y una norma contenida en una Constitución nacional que le conceda un nivel de protección más elevado. Más bien, la Carta deberá interpretarse sistemáticamente junto a las demás fuentes, tanto nacionales como internacionales, ante todo el CEDH, considerando que la equivalencia en la protección de los derechos fundamentales no se puede reducir a una «mera equivalencia formal entre los sistemas nacionales de garantías, sino también en la aceptación de la suficiencia de las garantías sustanciales y de los mecanismos jurisdiccionales previstos»⁵⁴⁶. El respeto de tales garantías constituye la base para reforzar la confianza mutua entre los distintos ordenamientos nacionales que componen la UE. En este sentido, los Estados no pueden imponer «su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales», sino que deberán «moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal»⁵⁴⁷ europeo.

Correcta y equilibrada parece entonces la asimilación del art. 53 de la Carta a una «cláusula de salvaguarda», puesto que no se limita a enunciar el principio

⁵⁴⁵ *Ibidem*, apartado 131.

⁵⁴⁶ Sobre el principio de equivalencia: TEDH, *Bosphorus c. Irlanda*, cit., apartado 155.

⁵⁴⁷ Voto particular que formula el Magistrado P. Pérez Tremps al auto del TC español n. 86/2011, de 9 de junio.

de la tutela prevalente, como aparentemente se podría deducir de una interpretación literal de esta disposición, sino que va más allá, interviniendo en defensa de los valores europeos fundamentales y de su contenido esencial en los distintos casos sometidos al Tribunal de Justicia. Al respecto, es oportuno considerar que, cuando el art. 53 hace referencia al respeto al «ámbito de aplicación», pretende definir, reservando, por supuesto, al Tribunal de Justicia el debido margen de apreciación para dotar de contenido tal disposición, las relaciones entre la pluralidad de sistemas, fuentes normativas y órganos jurisdiccionales que componen el ordenamiento europeo.

En efecto, aunque a la UE le corresponde garantizar un nivel de protección elevado de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, tal nivel de protección debe desarrollarse «en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión», teniendo en cuenta «los imperativos ligados» a su acción, entre los que se encuentra la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁵⁴⁸ en el que mediante la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros se garanticen las exigencias del derecho a un proceso equitativo y del derecho a la defensa. En este sentido, el art. 53 de la Carta «confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Preámbulo de la Carta, arts. 3 TUE, 67 y 82 TFUE.

⁵⁴⁹ TJUE, *Melloni*, cit., apartado 60. Este principio ha sido reiterado aunque en términos menos perentorios en la sentencia *Fransson*, en la que el Tribunal de Justicia afirma que «De este modo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen

Esto significa que el intérprete constitucional no deberá razonar solo en términos de «nivel de protección más o menos alto de los derechos fundamentales»⁵⁵⁰, sino que deberá también tener en cuenta las exigencias ligadas a la acción de la Unión y la especificidad del Derecho de la Unión. Por consiguiente, es oportuno considerar que los derechos fundamentales que se han de proteger y el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada en el intento de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen, teniendo en cuenta el contexto social, cultural e histórico de éste.

Por otra parte, es también importante observar que la posición adoptada por el TJUE en el caso *Melloni*, aunque criticada por no haber tenido en debida consideración las identidades constitucionales nacionales, tiene que ser objeto de una lectura más amplia y prospectiva⁵⁵¹. Y en este sentido, hemos de tener en cuenta que era la primera vez que el TJUE se pronunciaba sobre el alcance del art. 53 de la Carta, además en relación con un ámbito así complejo y sensible como es el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Según RUGGERI, en la sentencia *Melloni*, el TJUE reafirma en términos perentorios, intentando preservarlo «*costi quel che costi*», el principio de la primacía del Derecho de la UE, aun cuando eso pueda entrar en conflicto con los principios constitucionales de los Estados miembros. Aunque a primera vista la posición del TJUE pueda parecer, en palabras del autor, «*monca*», «*nell'insieme inappagante*», puesto que se limita a ofrecer una «*lettura integrativa*» o mejor

estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apartado 29).

⁵⁵⁰ En este sentido, Conclusiones del Abogado General Y. Bot, *Melloni*, cit., apartado 108.

⁵⁵¹ RUGGERI, A., «La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento...», cit..

dicho «*correttiva*» y partidaria de lo dispuesto en el art. 53 de la Carta y a considerar el punto de vista exclusivo de la UE, sin proceder a una ponderación equilibrada de los distintos intereses en juego sobre la base de lo dispuesto en la cláusula de europeización de los contra-límites; hemos de considerar que ésta era la primera vez que el TJUE tuvo que pronunciarse sobre el alcance del art. 53 de la Carta, en relación con el nivel de protección de la Carta⁵⁵².

En cambio, DE AMICIS, G., con respecto a las implicaciones de la cláusula de salvaguarda *ex art. 53* resalta la prudencia del TJUE, afirmando que dicha disposición no establece reglas de prevalencia jerárquica entre los distintos niveles de protección de los derechos fundamentales, sino que fija un criterio general de ejercicio del poder de balance entre dos derechos (o principios o valores) en el marco de una perspectiva interordinamental, para resolver las eventuales situaciones de conflicto que se producen en «aquellas áreas de intersección» y de fuentes «concurrentes», o sea en aquellas áreas comunes que recaen bien en el campo de aplicación de la Carta (art. 51 de la Carta), bien en aquello de otras fuentes, tal como definido en el ámbito de cada ordenamiento. Por lo tanto, según el autor, el TJUE no ha reducido las garantías, ni ha excluido en línea general el reconocimiento del principio del nivel de tutela más elevado *ex art. 53* de la Carta, sino que ha individualizado «un punto de equilibrio» entre los distintos ordenamientos que componen el sistema, inspirándose en aquellos principios elásticos de «compatibilidad sistémica» y de «ponderada geometría variable»⁵⁵³. Por lo tanto, es comprensible que el TJUE antes de arriesgarse a perjudicar el nivel de tutela garantizado por la Carta, comprometiendo asimismo la uniformidad de aquel definido por la Decisión marco 2009/299/JAI y su efectividad, y a poner en peligro también los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, haya preferido frenar desde el principio los posibles conflictos que podrían darse cuando el estándar de

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ DE AMICIS, *op. cit.*

protección de los derechos fundamentales consagrado por las Constituciones nacionales de un Estado miembro sea más elevado que el derivado de la Carta, oponiéndolo, en su caso, a la aplicación de disposiciones del Derecho de la UE. De ahí, la actitud prudente del Tribunal de Justicia en el intento de mantener el equilibrio entre los distintos niveles de protección de los derechos fundamentales que integran la UE, que le permitirá especificar y desarrollar ulteriormente su posición en el futuro.

Por todo ello, la sentencia *Melloni* ha sentado las bases para la definición de un nuevo marco normativo de protección de los derechos fundamentales en la UE hacia la consolidación de un orden procesal europeo, en el que la Carta⁵⁵⁴ está destinada a jugar un papel determinante. Por un lado, la definición del alcance, del contenido y del nivel de protección de los derechos fundamentales del justiciable por parte del TJUE, sobre la base de la «cláusula de salvaguarda» del contenido esencial de los derechos fundamentales contenida en el art. 53 de la Carta, no reforzará solo su *vis* armonizadora, contribuyendo «a tomar en serio» y hacer visibles aun más tales derechos, sino que permitirá también reforzar el «diálogo judicial europeo», con el objeto de encontrar un equilibrio

⁵⁵⁴ Vid. SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., «Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», cit.. El autor en este ensayo pone de relieve la posición asumida por la Carta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en la protección de los derechos fundamentales. Al respecto afirma: «*For many years, the Court of Justice of the European Union and the constitutional courts of the Member States have lived under the illusion of unilateral supremacy. According to the Court of Justice, EU law has primacy over national Constitutions, whilst national supreme jurisdictions have repeatedly stated that EU law's ultimate source of legitimacy lies in the Constitution of the Member State, thus subjecting EU law to constitutional review. The illusion played the trick and it has bound this odd couple happily together for more than forty years. However, the entry into force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereafter "the Charter") has proved how fragile the illusion and the marriage can be. In a series of ground-breaking decisions (Åkerberg Fransson, Melloni, N.S., etc.), the Court of Justice has put the Charter at the forefront of European integration, an event that can hardly be a surprise in light of the prominent status that the Charter was given by the Member States once the Lisbon Treaty entered into force. The role of the Charter as a paramount reference of EU law grants new interpretative powers to the Court of Justice, but it does so in an area much cherished by national constitutional courts*» (pp. 1267-1268).

entre los distintos órganos judiciales que integran el sistema europeo. Tal equilibrio requiere no solo una mera equivalencia formal entre los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales, sino también la íntima aceptación y adhesión sustancial a tales garantías, que es fundamental para el refuerzo de la confianza mutua. Por lo tanto, los Estados no pueden imponer «su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales», sino que deberán «moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal».

Por otra parte, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha dotado a la Carta del mismo valor jurídico que los Tratados, ha supuesto un avance significativo en el proceso de desarrollo de un sistema común de garantías procesales. Su reconocimiento en un texto dotado de un valor «materialmente constitucional» les otorga una mayor fuerza y seguridad jurídica, puesto que son los derechos procesales los que permiten la aplicación efectiva de los demás derechos fundamentales. Además, su carácter de derechos de configuración legal, constituyendo los artículos 47 y 48 de la Carta la «base sustantivo-constitucional» de tales derechos y el art. 82 del TFUE la base jurídica para su desarrollo, que legitima a la UE a adoptar normas en materia de derechos procesales, supone la necesidad y la oportunidad de una intervención por parte del legislador europeo para la elaboración de normas procesales mínimas, que garanticen una protección plena de los derechos fundamentales, que la UE confiere a las personas implicadas en un proceso penal. En este proceso, por lo tanto, la Carta no constituye una amenaza⁵⁵⁵ para los Estados, puesto que no determinará ni un rebasamiento de la tutela de los derechos fundamentales, ni vulnerará las identidades nacionales, ni afectará al papel de los tribunales nacionales, más bien contribuirá a definir las relaciones entre la pluralidad de

⁵⁵⁵ BERING LIISBERG, J., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?», *CMLR*, vol. 38, n. 5, 2001, pp. 1171–1199.

fuentes, órganos jurisdiccionales y espacios constitucionales que integran la UE, consolidando su pluralismo interno hacia un cosmopolitismo de los derechos humanos también en el ámbito penal.

3. DE LA INTEGRACIÓN A LA UNIFORMIDAD A TRAVÉS DE LA CATEGORÍA DE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

En este epígrafe, se pretende analizar cómo el Tribunal de Justicia ha trabajado con las «tradiciones constitucionales comunes»⁵⁵⁶ en materia de Justicia, el método utilizado y su incidencia sobre el contenido de los derechos del justiciable y en la aplicación del Derecho de la UE por parte de las instituciones comunitarias. Con la expresión «tradiciones constitucionales comunes» se pretende aludir al «patrimonio constitucional común»⁵⁵⁷, a la herencia común, tanto en materia de derechos fundamentales, como de organización de los poderes públicos, que radica en la unidad histórica del viejo continente y ha sido capaz de sobrevivir en el tiempo.

Este «patrimonio constitucional común» ha sido reelaborado por el Tribunal de Justicia, que, mediante el uso del método jurídico comparado, lo ha utilizado en su jurisprudencia como fuente de los derechos fundamentales. De tal forma, los jueces comunitarios pretendían dotar a la UE de un sistema de

⁵⁵⁶ Sobre la existencia de un patrimonio constitucional común europeo, vid.: PIZZORUSSO, A., *Il Patrimonio Costituzionale Europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002. HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común Europeo», *REP*, n. 79, 1993, pp. 7-46. HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Rev. derecho com. eur.*, año 2, n. 3, 1998, pp. 113-136. ROSSEAU, D., «Diritti costituzionali e spazio pubblico europeo», en AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione Europea*, cit., pp. 81-94. FERRAJOLI, L., «Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea», en AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione Europea*, cit., pp. 81-94. RUGGERI, A., «Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea», *AJJC*, n. 7, 2003, pp. 373-399. BERGEL, J. L./CHEROT, J. Y./CIMAMONTI, S./MERCADIER, M. F. (coords.), *L'emergence d'une culture judiciaire européenne. Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen*, Laboratoire de Theorie du Droit, EA 892, Centre de Recherche en Matiere Penale, EA 32-41, 2009. Disponible *on line* en la siguiente dirección: <http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/ccpe/CJE%20Aix%20FINAL.pdf>. COZZOLINO, L., «Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee», en FALZEA, P./SPADARO, A./VENTURA, L. (coords.) *Quaderni del "Gruppo di Pisa"*, *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Turín, 2003.

⁵⁵⁷ PIZZORUSSO, A., *Il Patrimonio Costituzionale Europeo*, cit..

derechos fundamentales y de garantías comunes y similares a las de los Estados miembros, individuando un núcleo en función de la uniformidad, que pudiera proteger a los particulares de las posibles violaciones de sus derechos por parte de las instituciones europeas.

En su razonamiento el Tribunal de Justicia parte de la premisa de que la posible violación de los derechos fundamentales por un acto de una Institución comunitaria solo puede ser apreciada en el marco del propio Derecho comunitario. Establecer criterios particulares de apreciación a partir de la legislación o del ordenamiento constitucional de un determinado Estado miembro acabaría perjudicando la unidad material y la eficacia del Derecho comunitario y rompería ineluctablemente la unidad del mercado interior, poniendo en peligro la cohesión de la Comunidad⁵⁵⁸.

Por lo tanto, sobre la base de tales premisas, el Tribunal de Justicia ha individualizado este criterio común en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que se convierten en fuente externa y de inspiración de los derechos fundamentales, de forma que no serían admisibles en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados⁵⁵⁹. De tal forma, se sentaron las bases a partir

⁵⁵⁸ TJ, sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11-70.

⁵⁵⁹ En la sentencia *Stauder*, cit., apartado 7, el Tribunal de Justicia empieza a considerar los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal. Sin embargo, el TJ empezó a usar la noción de «tradiciones constitucionales comunes», en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, afirmando la imposibilidad de un reenvío directo a las normas o nociones de derecho nacional en relación con la necesidad de una tutela propiamente comunitaria de tales derechos. En este sentido, la garantía de los derechos fundamentales, «aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (apartado 4). Y por último, en la sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold/Comisión*, C-4/73, el Tribunal de Justicia sostuvo que «al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados» y que «los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han

de las que el Tribunal de Justicia procedió a la construcción en vía pretoria de un catalogo de derechos fundamentales, a los que se les atribuyo el rango de principios generales del Derecho comunitario, fruto de las tradiciones comunes a los Estados miembros y para cuya interpretación se reenviaba al CEDH y a la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH.

La jurisprudencia elaborada al respecto por el Tribunal de Justicia ha tenido una primera concreción, mediante su positivización en el art. F, hoy art. 6.3 TUE, según el cual «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales». El art. 6 TUE, al sintetizar los derechos fundamentales, bajo la forma de principios generales del derecho fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, contendría según AZPITARTE SÁNCHEZ, un «mandamiento de homogeneidad», que «impone la convergencia de los principios materiales que fundan la UE y de las decisiones constitucionales de los EEMM, bien para garantizar el carácter jurídico de la cláusula Estado de Derecho como principio normativo, bien para reiterar la función del TJ como garante de la juridicidad de la UE»⁵⁶⁰. En este sentido, es evidente la tensión de la Unión hacia la Unidad del sistema.

adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (apartado 13).

⁵⁶⁰ Al respecto se reenvía a: AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 79 y 80. El autor define la cláusula contenida en el art. 6 TUE, como un «mandamiento de homogeneidad», que «impone la convergencia de los principios materiales que fundan la UE y de las decisiones constitucionales de los EEMM, bien para garantizar el carácter jurídico de la cláusula Estado de Derecho como principio normativo, bien para reiterar la función del TJ como garante de la juridicidad de la UE. Sobre este aspecto, vid. también el siguiente estudio: AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 TUE», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 369-386.

La «cláusula de homogeneidad», contenida en el art. 6 TUE, en su vertiente «sustancial» e «institucional-organizativa» subsume «un principio fundamental del derecho constitucional común europeo, un principio “ordenador” útil para explicar el actual estadio de evolución del ordenamiento de la UE en relación a aquello de sus Estados miembros»⁵⁶¹. Esta tensión hacia la homogeneidad en función de la Unidad del sistema se puede considerar el presupuesto pre-jurídico del proceso de constitucionalización de la Unión.

Sin embargo, su consagración definitiva ha tenido lugar con la adopción de la Carta de Niza/Estrasburgo, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha adquirido valor jurídicamente vinculante (art. 6.1 TUE). En la Carta se ha procedido al reconocimiento en forma expresa de un catálogo europeo de derechos fundamentales, un *Bill of Rights*, y se ha otorgado a las tradiciones constitucionales comunes el rango de fuentes de tales derechos fundamentales, reafirmando la necesidad de que su interpretación se lleve a cabo en armonía con las primeras (art. 52.4). De tal forma, la UE ha contribuido a salvaguardar y desarrollar los valores europeos comunes, intentando consolidar un núcleo común en función uniformizadora, aunque en el respeto a la diversidad de las culturas y tradiciones de los Pueblos de Europa, a la identidad nacional de los Estados miembros y al ordenamiento de la pluralidad los poderes públicos que integran la Unión.

En lo que concierne en particular al ámbito de la Justicia y a los derechos fundamentales del justiciable, se puede observar que a pesar de la existencia de sistemas procesales muy distintos entre ellos (sistema acusatorio, sistema inquisitorio y sistema acusatorio mixto), del análisis de las diversas experiencias europeas se puede individualizar un *acquis* común concerniente a las garantías jurisdiccionales y a los derechos fundamentales de carácter procesal. Tal «patrimonio constitucional común» en materia de Justicia está recogido hoy en

⁵⁶¹ MICCÙ, R., «Proteggere la democrazia. Rinnovare il “contratto sociale” europeo», *www.federalismi.it*, n. 3, 2014, pp. 1-15. Sobre el punto, vid. p. 9.

el Título VI de la Carta. En cambio, no existe un modelo de referencia para los Estados miembros en lo que concierne al ordenamiento jurisdiccional, en relación con el Poder Judicial y la Magistratura, y a la existencia de un sistema procesal, civil o penal⁵⁶².

Sin embargo, al respecto se nos plantean algunas cuestiones de carácter metodológico, es decir ¿cómo el Tribunal de Justicia ha llegado a elaborar la categoría de las tradiciones constitucionales comunes en materia de Justicia y cómo la aplica? La categoría de las tradiciones constitucionales comunes ha sido elaborada por el Tribunal de Justicia que, mediante el uso del método comparado funcional a la armonización⁵⁶³, ha procedido a individualizar un núcleo de valores comunes a los Estados miembros de la UE, intentando, a la vez, no anular las especificidades de cada Estado miembro. De tal forma, por un lado, a través de esta categoría, se ha permitido a los ordenamientos nacionales entrar en el derecho europeo, colmando progresivamente las lagunas que afectaban el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales; por otra parte se ha favorecido el proceso de europeización de los derechos nacionales y de sus sistemas de justicia penal.

En la interpretación sistemática de esta categoría, el Tribunal de Justicia se ha servido de varios criterios de comparación, entre los que los más destacados han sido los criterios del «*máximum standard*» y de la «*better law*», por un lado, y del *mínimum standard*, por otro. La flexibilidad, que caracteriza esta categoría, ha permitido al TJ optar por un criterio o por otro, dependiendo de las circunstancias de la situación jurídica a analizar y de sus características. De tal

⁵⁶² MOSCHELLA, G./GAMBINO, S., «L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU», *Pol. dir.*, vol. 36, n. 4, 2005, pp. 543-623. GAMBINO, S., «Modelli europei di Ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali in materia giudiziaria comuni agli Stati Membri dell'Unione Europea [Intervento al Convegno 'La giustizia al confronto con il cambiamento', Firenze 28-29 gennaio 2005]», *Rass. for.*, 2005, vol. 38, n.1-2, 2005, pp. 516-541.

⁵⁶³ AMODIO, E., *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milán, 2003.

forma, se le ha garantizado un amplio margen de discrecionalidad para adoptar las decisiones consideradas más oportunas bajo el perfil no solo jurídico sino también político⁵⁶⁴.

Mediante el criterio del *maximum standard*⁵⁶⁵, el juez comunitario procede a un análisis sistemático de las tradiciones constitucionales comunes, comparando la regulación relativa a los distintos derechos fundamentales nacionales y transponiendo a nivel comunitario la solución que parece garantizar la mayor tutela para el ciudadano. De tal forma, se adopta la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico que garantice un mayor nivel de tutela. El criterio del *maximum standard* ha sido utilizado por el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en la sentencia *Berlusconi*, en la que se ha considerado que «el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». Por consiguiente, siendo este principio «parte de los principios generales del Derecho comunitario», «el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario y, en este caso, más concretamente, las Directivas sobre Derecho de sociedades»⁵⁶⁶.

Otras veces, el Tribunal de Justicia, ante la distinta regulación de un derecho en los Estados miembros, asume como parámetro solo algunos ordenamientos, como en la elaboración común del *ne bis in idem*. En este caso, el Tribunal de Justicia, consciente de la importancia de este derecho en la construcción de un espacio de LSJ y del distinto alcance y regulación que asume no solo en los ordenamientos de los Estados miembros sino también en los principales documentos internacionales en materia de protección de los derechos

⁵⁶⁴ Sobre la importancia del método jurídico comparado en la elaboración de las tradiciones constitucionales comunes y los criterios mencionados en el texto, vid. BERNARDI, A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., pp. 78 y ss.

⁵⁶⁵ Sobre el criterio del *maximum standard*, vid. BESSELINK, L. F. M., «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *CMLR*, vol. 35, n. 3, 1998, pp. 629-680.

⁵⁶⁶ TJ, *Berlusconi y otros*, cit., apartados 68 y 69.

fundamentales, tras comparar las distintas experiencias, ha llegado a formular una noción en clave europea, con el fin de garantizar un nivel de tutela prevalente.

En otros supuestos, en cambio, el Tribunal de Justicia se limita a considerar solo algunos ordenamientos, pero deja a un lado los ordenamientos más garantistas, como en el asunto *Orkem*, en el que se reconoce que «los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros únicamente reconocen el derecho de no declarar contra sí mismo a la persona física acusada de una infracción en el marco de un proceso penal. Por tanto, el análisis comparativo de los Derechos nacionales no permite llegar a la conclusión de que exista, como común a los Derechos de los Estados miembros, tal principio en favor de las personas jurídicas y en el ámbito de las infracciones de naturaleza económica, concretamente en materia de Derecho sobre la competencia»⁵⁶⁷.

Sin embargo, el método más utilizado por el Tribunal de Justicia, es el criterio del *minimum standard*, mediante el cual se pretende individualizar un mínimo común denominador entre las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que se convertiría en el parámetro para la concretización de los derechos fundamentales de la Unión. La misma definición que el Tribunal de Justicia ofrece del derecho a la tutela judicial efectiva ofrece una confirmación en tal sentido. Dicha definición ha constituido también una de las principales bases desde las que se ha llegado a la formulación de las disposiciones en materia de justicia contenidas en la Carta y en la determinación de sus criterios interpretativos y aplicativos. Al respecto, el Tribunal de Justicia, desde la sentencia *Johnston*, 222/84, de 15 de mayo de 1986 (apartado 18), ha definido el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de «derecho de acceso a la jurisdicción», como «un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», que ha

⁵⁶⁷ Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-374/87, apartado 29.

sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza e incorporada al Tratado de Lisboa⁵⁶⁸. En este sentido, el Derecho de la UE, como se afirma en el asunto 155/79, *AM & S Europe Limited*⁵⁶⁹, que tenía por objeto el respeto de la confidencialidad en las comunicaciones entre los Abogados y sus clientes «surgido de una interpenetración no solo económica, sino también jurídica, de los Estados miembros, debe tener en cuenta los principios y nociones comunes a los Derechos de dichos Estados», cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros.

Y en forma parecida, también el derecho de toda persona a un juicio justo⁵⁷⁰ ha sido reconocido como un principio que se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia sobre la base de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como de las indicaciones

⁵⁶⁸ Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia: sentencias *Johnston*, cit., apartados 18 y 19; la sentencia *Heylens y otros*, cit., apartado 14; la sentencia *Comisión/Austria*, de 27 de noviembre de 2001, C-424/99, apartado 45; la sentencia *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, cit., apartado 39, la sentencia de 19 de junio de 2003, *Eribrand*, C-467/01, apartado 61; último inciso la sentencia *Unibet*, cit.

⁵⁶⁹ El Tribunal de Justicia, en la sentencia de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europe Limited*, C-155/79, a la hora de evaluar los límites al poder de control de la Comisión, afirma que: «Más allá de estas diversidades, los Derechos internos de los Estados miembros revelan, no obstante, la existencia de criterios comunes, por cuanto protegen, en condiciones similares, la confidencialidad de la correspondencia entre los Abogados y sus clientes, siempre que, por un lado, se trate de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente y, por otro lado, se trate de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral. En este contexto, el Reglamento n° 17 debe interpretarse en el sentido de que también protege la confidencialidad de la correspondencia entre Abogados y clientes, siempre que se cumplan esos dos requisitos, recogiendo, así, los elementos constitutivos de esta protección comunes a los Derechos de los Estados miembros» (apartado 21 y 22).

⁵⁷⁰ Al respecto, vid. TJ: sentencias de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, apartados 20 y 21; sentencia de 11 de enero de 2000, *Países Bajos y Van der Wal/Comisión*, C-174/98 P y 189/98 P, apartado 17, y sentencia de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, C-7/98 apartado 26.

proporcionadas, entre otros, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950⁵⁷¹.

La configuración por el Tribunal de Justicia de la tutela judicial efectiva, categoría que incluye el conjunto de las garantías propias del proceso equitativo⁵⁷², como un «principio-derecho» ha determinado dos consecuencias importantes. Por un lado, su reconocimiento como principio general derivado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, le ha permitido adquirir el mismo rango que las normas contenidas en los Tratados y, por lo tanto, el valor de parámetro «materialmente constitucional». Por otra parte, de tal forma, el Tribunal de Justicia ha procedido a reconocer en modo explícito que la efectividad de la protección de los derechos fundamentales que el Derecho comunitario confiere a los justiciables depende únicamente de su desarrollo procesal-jurisdiccional. En este sentido, la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva como «principio general» del Derecho responde a la necesidad del Tribunal de Justicia de construir un mecanismo capaz de incidir en las legislaciones procesales de los Estados miembros a fin de que, mediante sus pronunciamientos, pueda delinear los caracteres esenciales y las formas a través de las cuales los jueces nacionales deberán tutelar las situaciones protegidas por el Derecho comunitario. Por supuesto, tal criterio no excluye la posibilidad para los Estados miembros más garantistas de otorgar un nivel de protección de tal derecho prevalente, siempre y cuando, como se ha afirmado en la sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia, todo esto no comprometa los valores europeos fundamentales, es decir el nivel de protección previsto por la Carta, según la interpretación ofrecida por este, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del

⁵⁷¹ Tribunal de Justicia, sentencia de 2 de mayo de 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, C-341/04, apartado 65.

⁵⁷² Vid. TROCKER, N./CHIARLONI, S. (dir.)/CONSOLO, C./COSTANTINO, G./LUISO, F.P./SASSANI, B., *La formazione del Diritto processuale europeo*, Giappichelli, Turín, 2011. Sobre el punto, vid. pp. 128-130.

Derecho de la Unión (apartado 60). En tal supuesto, la necesidad de garantizar el nivel de protección superior sucumbiría ante la exigencia de mantener un nivel de homogeneidad para la garantía de la supervivencia del sistema.

4. LA FUNCIÓN INTEGRATIVA DE LA CARTA Y SU EFICACIA EN LOS ORDENAMIENTOS PROCESALES NACIONALES

4.1. El «ámbito de aplicación» de los derechos de justicia

Al margen de la importancia de la recepción en el Título VI de la Carta de un conjunto de disposiciones que afectan al área procesal penal, sus efectos dependerán en gran medida de la interpretación y aplicación sistemática de tales disposiciones junto a las contenidas en el Título VII por parte del Tribunal de Justicia, al cual le corresponde la difícil tarea de encontrar un punto de equilibrio entre la pluralidad de fuentes, órganos jurisdiccionales y ordenamientos que integran el sistema europeo. Ahora bien, la primera cuestión que se nos plantea al respecto concierne al reparto de competencias y al ámbito de aplicación de la Carta para asegurar los derechos del justiciable, que esta garantiza, sin a la vez afectar a la autonomía procesal de los Estados miembros.

En este sentido, atendiendo a lo dispuesto en el art. 51.1 de la Carta, sus disposiciones están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión en el respeto al principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros (ámbito de aplicación personal) únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (ámbito de aplicación material). Por consiguiente, los Estados miembros tendrán que respetar los derechos procesales básicos reconocidos, tendrán que observar los principios correspondientes y promover su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. Sin embargo, en muchas circunstancias resulta muy complicado establecer un confín definido que permita individuar el alcance efectivo de las competencias de la UE en un ámbito determinado.

Por esto, ante todo, es necesario aclarar el alcance y la extensión del denominado «ámbito de aplicación» del Derecho de la UE. De una primera

lectura del concepto de ámbito de aplicación *ex* art. 51.1 de la Carta, se deduce que cuando una situación, regulada por una normativa nacional, esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, actuándolo, se garantizará el nivel de protección de los derechos fundamentales derivado de la Carta. En cambio, más allá del campo de aplicación del Derecho de la Unión y del alcance de tal artículo, la Carta no impediría la aplicación de los estándares de protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución de un Estado miembro y los Estados miembros seguirían siendo autónomos en la protección de los derechos fundamentales.

Tales consideraciones encuentran una confirmación en el art. 6.1, par. 2, TUE, y en el art. 51, par. 2, de la Carta, según los cuales la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados⁵⁷³. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta⁵⁷⁴.

Al respecto, según el Tribunal de Justicia, de lo dispuesto en el art. 51.1 de la Carta, ante todo, se deduce que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados por los Estados miembros en todas las situaciones reguladas, total o parcialmente, por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. Por este motivo, el TJ no puede apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no inscribiéndose en este marco. En este caso, se debería declarar la cuestión inadmisibile, siendo el

⁵⁷³ Según las Explicaciones relativas al art. 51 de la Carta, la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Al respecto, vid. la sentencia, *DEB*, cit., apartado 32.

⁵⁷⁴ Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de octubre de 2010, *J. McB. contra L. E.*, C-400/10 PPU, apartado 51, y sentencia de 15 de noviembre de 2011, *Dereci e a.*, C-256/11, apartado 71.

Tribunal de Justicia incompetente para pronunciarse sobre la misma. Por el contrario, cuando una norma nacional esté comprendida en su ámbito de aplicación, el Tribunal de Justicia deberá proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa a los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar⁵⁷⁵.

Por lo tanto, la Carta podrá asegurar los derechos de las personas sospechosas o acusadas en un proceso penal reconocidos en tal texto y los Estados deberán aplicar el nivel de protección, por esta establecido, solo en la medida en que estos actúen en el ámbito del Derecho de la UE, a) en virtud de la existencia de una normativa comunitaria que prevea la ejecución de una obligación en este sentido⁵⁷⁶, b) cuando una situación, reglada por una normativa nacional, esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, actuándolo, como en el caso de las directivas que prevén una armonización de mínimos o garantizan a los Estados un cierto margen de discrecionalidad (c), y también en el caso de que la UE tenga competencias legislativas en un ámbito determinado, con independencia de que las ejerza⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Tribunal de Justicia, *Åkerberg Fransson*, cit., apartado 19, y jurisprudencia ahí mencionada. En particular, en este sentido, sentencias del 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89, apartado 42; la sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95, apartado 15; la sentencia de 18 de diciembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, apartado 13; la sentencia de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, apartado 25; la sentencia de 18 de diciembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, apartado 34; la sentencia, *Dereci e a.*, cit., apartado 72; y la sentencia de 7 de junio 2012, *Vinkov*, C-27/11, apartado 58.

⁵⁷⁶ Sentencia TJ, de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, C-5/88.

⁵⁷⁷ Para determinar si una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51 de la Carta se ha de comprobar, entre otros aspectos, si su finalidad es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si ésta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar. Al respecto, vid. TJ, la sentencia del 6 de marzo de 2014, *Siragusa contro Regione Sicilia*, C-206/13, apartado 24 y ss; TJ, *Kremzow*, cit., apartado 16; la sentencias *Annibaldi*, cit., apartados 21 a 23; sentencia de 8 de noviembre de 2012, *Iida*, C-40/11, apartado 79, y sentencia de 8 de mayo de 2013, *Ymeraga y otros*, C-87/12, apartado 41.

Con respecto a la amplitud del ámbito de aplicación del Derecho de la UE al espacio europeo de justicia penal es interesante hacer referencia a la sentencia *Fransson*, adoptada como la sentencia *Melloni*, el 26 de febrero de 2013. En dicho asunto, se cuestionaba la aplicabilidad del art. 50 de la Carta, que reconoce el principio del *ne bis idem*, en el caso de que el inculpado en un procedimiento administrativo como consecuencia del mismo acto de presentar declaraciones tributarias falsa haya sido enjuiciado anteriormente en otro procedimiento por los mismos hechos.

En la sentencia *Fransson*, el Tribunal de Justicia vuelve a reiterar que la posibilidad de llevar a cabo un desplazamiento de la garantía de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión depende de si el Derecho de la UE regula en modo total o parcial un determinado supuesto de hecho, en virtud de la existencia de una norma sustantiva comunitaria, que cree un «vínculo directo»⁵⁷⁸, una conexión de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. En cambio, cuando una situación jurídica no esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, los Estados no están vinculados por la Carta y pueden aplicar su normativa interna⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ TJUE, *Fransson*, apartado 26. Sobre la sentencia *Fransson*, vid. los siguientes comentarios: MANACORDA, S., «Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia», cit. FONTANELLI, F., «Fransson and the application of the EU Charter of Fundamental Rights to State measures – nothing new under the sun of Luxembourg», *www.diritticomparati.it*, 1.03.2013. LAZZERINI, N., «Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell’ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea», *Riv. dir. intern.*, n. 3, 2013, pp. 883-912. JHR and LB, «After Åkerberg Fransson and Melloni», *EuConst*, vol. 9, n. 2, 2013, pp. 169-175. CALVANO, R., «Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale... nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU», *Giur. cost.*, n. 4, 2013, pp. 3615-3622. HANCOX, E., «The meaning of “implementing” EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson», *CMLR*, vol. 50, n. 5, 2013, pp. 1411-1432. SKOURIS, V., «Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson », *Dir. Un. eur.*, n. 2, 2013, pp. 229-243.

⁵⁷⁹ Esta definición del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión encuentra confirmación en las Explicaciones relativas al artículo 51 de la Carta, según las cuales: «la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la

Ahora bien, en el asunto de que se trata el Tribunal de Justicia, adoptando una posición contraria a la asumida tanto por el Abogado General, como por los gobiernos de algunos Estados Miembros⁵⁸⁰, afirma su competencia, considerando que el IVA es un ámbito de armonización parcial. Por lo tanto, siendo un ámbito parcialmente determinado por el Derecho de la Unión, dejaría a las autoridades y a los tribunales nacionales la posibilidad de aplicar las normas nacionales para proteger los derechos fundamentales, siempre y cuando –y aquí se vuelve a reiterar lo afirmado en la sentencia *Melloni*⁵⁸¹– no se comprometa el nivel de protección establecido por la Carta, según la interpretación del Tribunal, ni la unidad y la eficacia de la ley de la Unión⁵⁸².

Unión solo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

⁵⁸⁰ En cambio, el Abogado General, en sus conclusiones, propuso al Tribunal de Justicia que se declarara incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el *Haparanda tingsrätt* y, de forma subsidiaria, en el caso de que el Tribunal de Justicia se considerara competente para pronunciarse sobre el fondo, propuso dar una respuesta a las referidas cuestiones prejudiciales en el siguiente sentido: «1) En el estado actual del proceso de integración europea, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no impide a los Estados miembros el procesamiento ante la jurisdicción penal por unos mismos hechos ya sancionados de manera firme, en vía administrativa, siempre que el juez penal se encuentre en situación de tomar en consideración la previa existencia de una sanción administrativa, a efectos de mitigar la pena a imponer por dicha jurisdicción penal. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si en el presente asunto, y a la luz de las normas nacionales que rigen la materia, cabe realizar una toma en consideración de la previa sanción administrativa que mitigue la resolución dictada por la jurisdicción penal» (Conclusión, apartados 116 y 117).

⁵⁸¹ En la sentencia *Melloni*, en cambio, el Tribunal de Justicia no se planteaba un problema de competencia, siendo la situación objeto del juicio comprendida en modo total en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

⁵⁸² En la sentencia, *Siragusa contro Regione Sicilia*, cit., el TJ, haciendo referencia a la sentencia *Melloni*, afirma que: «Es preciso además tener en cuenta el objetivo de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, que es procurar que esos derechos no sean vulnerados en los ámbito de las actividades de la Unión, sea por la acción de la Unión o bien al aplicar los Estados miembros el Derecho de la Unión» (par. 31) ... «La prosecución de ese objetivo está motivada por la necesidad de evitar que una protección de los derechos fundamentales que pudiera variar según el Derecho nacional aplicado afectara a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (par. 32). En la misma línea, el TJ, en la sentencia de 11 de septiembre de 2014, *A y B y otros*, C-112/13, afirma que: «Por otro lado, cuando el Derecho de la Unión concede a los Estados miembros un margen de apreciación en el marco de la ejecución de un acto del Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional, siempre que la aplicación de los estándares

Del análisis de este asunto, resulta evidente la tendencia del TJ a extender las competencias de la UE y por tanto también el ámbito de aplicación de la Carta⁵⁸³. Para justificar su posición, en la referida sentencia, el Tribunal de Justicia hace referencia al «nexo» o «punto de conexión», que deduce de forma gradual, pasando del concepto de ámbito de actuación al de (ámbito) de aplicación⁵⁸⁴, hasta declararse competente para conocer casos de fraude fiscal y a enjuiciar aunque solo indirectamente la política fiscal de sus Estados miembros (el caso concreto tenía por objeto el sistema sueco), un ámbito este que ha representado tradicionalmente, junto al derecho penal, el núcleo duro de la soberanía estatal⁵⁸⁵.

4.2. Hacia un nuevo mecanismo de integración para el respeto de la esencia de los derechos fundamentales: la doctrina «reverse solange»

Junto a la lectura tradicional de la disposición contenida en el art. 51 de la Carta en relación con el deber por parte de los Estados miembros de aplicar sus disposiciones en el respeto al «ámbito de aplicación» del Derecho de la Unión,

nacionales de protección de los derechos fundamentales no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (apartado 44)».

⁵⁸³ Conclusiones del Abogado General del TJUE, P. Cruz Villalón, *Fransson*, apartado 46.

⁵⁸⁴ MANACORDA, S., «Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze *Fransson* e *Melloni* della Corte di Giustizia», cit. Según el autor.: “*La Corte di Giustizia, discostandosi invece da tale orientamento, ravvede nella vicenda sottoposta al suo giudizio e relativa al cumulo di sanzioni tributarie amministrative e di sanzioni penali per il medesimo fatto di evasione all’imposta sul valore aggiunto nell’ordinamento svedese, un’ipotesi nella quale fare ricorso alla Carta. Mediante un sottile scivolamento terminologico, la sentenza, attraversata da una certa progressione logica, passa infatti dal concetto di attuazione (mutuato dall’art. 51 e ripreso nel par. 17 della decisione), a quello di (ambito di) applicazione (par. 20), per poi giungere a ritenere che sia sufficiente un nesso diretto tra politiche comunitarie e normativa interna (par. 26). La conclusione si impone: l’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti garantiti dalla Carta (par. 21)”*.

⁵⁸⁵ R. CALVANO, *op. cit.*

recientemente se ha afirmado también la denominada doctrina «reverse solange», propuesta por el Grupo de Heidelberg⁵⁸⁶ a partir de la sentencia del TJUE *Ruiz Zambrano*⁵⁸⁷. Según esta teoría, que formula un nuevo mecanismo de integración, más allá del alcance de la Carta, los Estados seguirían siendo autónomos en la protección de los derechos fundamentales mientras que (*solange*)⁵⁸⁸ se pueda presumir que aseguren la esencia de los derechos humanos consagrados en el art. 2 TUE. En el supuesto de que se supere dicha presunción, entraría en juego la «substancia» de la ciudadanía de la Unión en el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Ruiz Zambrano*, estando legitimados los ciudadanos de la Unión a solicitar la tutela judicial efectiva ante los Tribunales nacionales y ante el Tribunal de Justicia también en «situaciones meramente internas», que no presentan ninguna conexión con el derecho europeo, a través del art. 20 TFUE.

En definitiva, según tal propuesta, si un ciudadano de un Estado miembro de la UE considerara que se han violado sus derechos, puede acudir, en primer

⁵⁸⁶ VON BOGDANDY, A./KOTTMANN, M./ANTPÖHLER, C./DICKSCHEN, J./HENTREI, S./SMROLJ, M., «Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», *CMLR*, vol. 49, n. 2, 2012, pp. 489-519; trad. it. «Solange ribaltata – Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2012, pp. 933-972.

⁵⁸⁷ TJ, sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09.

⁵⁸⁸ En forma parecida, el Tribunal constitucional Federal alemán no ejerce su competencia de control sobre el derecho derivado de la UE mientras la Unión asegure la protección de los derechos fundamentales. Tal posición, según el Grupo de Heidelberg, debería ser acogida por el TJ y ser volcada hacia los Estados miembros. En lo que concierne a la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán se reenvía a las siguientes sentencias: BVerfG 37, 271 (1974) *Solange I*; BVerfG, 22 de octubre de 1986, *Solange II*; BVerfG, 12 de octubre de 1993, *Maastricht-Urteil*; BVerfG, 3 de junio de 2000, *Bananemarkt*. El modelo elaborado por el Tribunal constitucional federal alemán en la sentencia *Solange* se acerca a la doctrina italiana de los contra-límites. Al respecto vid. las siguientes sentencias de la *Corte cost.*: 183/1973, 18.12.1973 (*cons. in dir. n. 7*); 232/1975, 22.10.1975; 170/1984, 5.06.1984 (*cons. in dir. n. 5*); 113/1985, 19.04.1985 (*cons. in dir. n. 3.1*); 389/1989, 04.07.89 (*cons. in dir. 4*); 168/1991, 08.04.1991. Al respecto, vid.: CELOTTO, A./GROPPI, T., «Diritto UE e diritto nazionale. Primauté vs controlimiti», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6, 2004, pp. 1309-1384. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995, pp. 95 ss..

lugar, al juez nacional, invocando el estándar nacional –y si fuera posible también el reconocido en el CEDH– de protección de los derechos fundamentales. Pero en el caso en que la presunción se superara, este podrá y si es un órgano jurisdiccional de última instancia tendrá el deber de recurrir ante el TJUE, interponiendo una cuestión prejudicial.

Este nuevo mecanismo de integración pretende alcanzar el respeto de la esencia de los derechos fundamentales, reconocidos en el art. 2 TUE, que se convierte en un «estándar» de tutela del orden público europeo. De tal forma, se otorga a los particulares la posibilidad de acudir a la autoridad judicial, en virtud de su status de ciudadano de la UE, que está destinado a convertirse en el «status fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros» (*Grzelczyk*)⁵⁸⁹, frente a la violación sustancial por parte de cualquier autoridad pública en el espacio europeo, aun cuando la situación tenga carácter puramente interno, de la esencia («*l'essentiel des droits*», «*substance*») de los derechos fundamentales conexos a tal estatus de ciudadano de la UE⁵⁹⁰. Por lo tanto, según tal interpretación, también una violación por parte de un Estado miembro de un derecho fundamental en el ámbito de una situación puramente interna puede considerarse

⁵⁸⁹ TJ, sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, apartado 31.

⁵⁹⁰ El artículo 20 TFUE se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión (TJUE, *Ruiz Zambrano*, cit., apartado 42, y sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08, apartado 42). Sin embargo, en la sentencia *Dereci*, no se hace referencia a la esencia de los derechos sino que el Tribunal de Justicia, reduciendo el alcance de este concepto, habla de la imposibilidad de ejercer el «contenido esencial» de los derechos que confiere el estatuto de ciudadanos de la Unión (apartado 65). Sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, vid. HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003. HÄBERLE, P., «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 175-237. MICHAEL, L., «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», *ReDCE*, n. 11, 2009, pp. 165-188. Según el autor, la garantía del contenido esencial se ha convertido en el parámetro del grado de protección de los derechos fundamentales nacionales, por una parte, y de los derechos fundamentales europeos por otra.

una lesión «sustancial de la ciudadanía de la Unión», consagrada en el art. 20 TFUE, una ciudadanía ya no solo «transnacional», «orientada fundamentalmente a facilitar la libre circulación del titular sin discriminaciones», sino dotada de un «*status* fundamental» que tiene también una dimensión interna en la que la Unión pretende proteger a sus ciudadanos frente los excesos de sus Estados miembros, que privaran tal *status* de relevancia práctica⁵⁹¹.

De tal forma, se pretende respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades y garantizar un cierto grado de homogeneidad en el territorio europeo, en lugar de acudir al mecanismo sancionador previsto en el art. 7 TUE, el cual opera ante la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana (art. 2 TUE)⁵⁹². La garantía del contenido esencial de los derechos y libertades, es decir su substrato, su sustancia constitucional, mediante su recepción en la Carta (art. 52) ya no se configura solo como parámetro del grado de protección de los derechos fundamentales nacionales, sino también de los derechos fundamentales europeos.

⁵⁹¹ VON BOGDANDY, A./KOTTMANN, M./ANTPÖHLER, C./DICKSCHEN, J./ HENTREI, S./SMROLJ, M., «Solange ribaltata – Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE», cit., p. 953.

⁵⁹² MICCÙ, R., *op. cit.*, pp. 1 ss..

Capítulo IV

La integración positiva: entre reconocimiento mutuo y armonización

I. El reconocimiento mutuo

1. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN MATERIA DE JUSTICIA

1.1. El principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior

El principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales constituye una de las principales técnicas de integración que han contribuido a la construcción de un sistema de garantías procesales de carácter europeo⁵⁹³. Dicho principio, que ya estaba presente tanto en el ámbito del derecho internacional privado en lo que concierne a la normativa en materia de ciudadanía así como en el derecho internacional convencional, como en el caso de la Organización Mundial del Comercio, fue formulado y aplicado, por primera vez, por el Tribunal de Justicia en el ámbito del primer pilar con vistas a la consolidación de un mercado interior, considerándolo como la alternativa más

⁵⁹³ Sobre el desarrollo del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado interior: GUZMÁN ZAPATER, M., «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *Rev. derecho com. eur.*, n. 10, 2001, pp. 405-438. NICOLIN, S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padua, 2005. BASSI, N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale: la circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffrè, Milán, 2008.

razonable a la armonización. Y tras su formulación pretoria ha sido aplicado progresivamente al ámbito de la cooperación judicial en materia penal, con el objetivo de impulsar la consolidación de un espacio de justicia propiamente europeo, basado en la libre circulación de las sentencias y resoluciones judiciales, de las pruebas y de datos relevantes a los efectos del desarrollo y tramitación de los procesos penales celebrados en los países de la UE.

Desde la institución de la Comunidad Económica Europea en 1957, la consolidación de un mercado interior junto a la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros constituían el fin-instrumento para garantizar «un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros» (art. 2 TCE). De tal forma, se pretende instituir un espacio económico unificado, caracterizado por las «cuatro libertades», es decir la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, en el que se elimine toda discriminación por razón de la nacionalidad, de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Por otra parte, la construcción del mercado interior requería la adopción de medidas específicas de integración, tanto positivas, mediante la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida en que sea necesario para su funcionamiento, como de integración negativa, mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Este último fue el primero que intervino en este sentido, transponiendo el principio del reconocimiento mutuo al ámbito de la libre circulación. Dicho principio, que el TJ dedujo de los principios generales de los Tratados⁵⁹⁴, fue formulado, por primera vez, aunque solo implícitamente, en la

⁵⁹⁴ Al respecto, según el artículo 47 TCE (art. 53.1 TFUE): «A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Consejo, con arreglo al procedimiento

Sentencia *Cassis de Dijon*⁵⁹⁵, que lo ha elevado a instrumento de remoción de los obstáculos a la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales en el ámbito del mercado interior.

En dicha sentencia (apartado 8 de la motivación)⁵⁹⁶ al considerar que no existe una normativa común sobre la producción y la comercialización del alcohol, el Tribunal de Justicia afirmó que corresponde a los Estados miembros regular, cada uno en su territorio, todo lo que atañe a la producción y a la comercialización del alcohol y de las bebidas espirituosas y que los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la

previsto en el artículo 251, adoptará directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos». Y según el art. 293 TCE: «Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: — la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales, — la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad, — el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes, — la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales».

⁵⁹⁵ El Tribunal de Justicia formuló el principio del reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado interior en el asunto denominado *Cassis de Dijon*. Al respecto, vid. Tribunal de Justicia, sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78. De esta sentencia, en los años '80, la Comisión dedujo algunas pautas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo (Comunicación de la Comisión relativa a las medidas que debían adoptarse en relación con la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 20 de febrero de 1979, en el asunto 120/78 (“*Cassis de Dijon*”), DO C 256 de 3.10.1980.

⁵⁹⁶ En el caso de que se trata se consideró que los preceptos relativos al grado alcohólico mínimo de las bebidas espirituosas integraban un supuesto de «medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación» (vid. TJ, sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74), de acuerdo con el art. 30 del Tratado), puesto que no perseguían un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías, que constituye una de las normas fundamentales de la Comunidad y que un precepto de tal características estaría destinado principalmente a asegurar una ventaja a las bebidas espirituosas de alto grado alcohólico, apartando así del mercado nacional a los productos de los demás Estados miembros que no respondan a esta característica.

eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores». En este supuesto, el Estado miembro tendrá que alegar la razón que justifique una restricción a la libre circulación de mercancías, demostrando de manera concreta la existencia de un interés general, la necesidad de la restricción en cuestión y su carácter proporcionado en relación con el objetivo perseguido.

En el caso de que se trata se consideró que los preceptos relativos al grado alcohólico mínimo de las bebidas espirituosas integraban un supuesto de «medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación» (art. 30 del Tratado), puesto que no perseguían un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías, que constituye una de las normas fundamentales de la Comunidad, y que un precepto de tal características estaría destinado principalmente a asegurar una ventaja a las bebidas espirituosas de alto grado alcohólico, apartando así del mercado nacional a los productos de los demás Estados miembros que no respondan a esta característica.

De este pronunciamiento se puede deducir que las diferencias entre las regulaciones de los Estados miembros no pueden constituir un obstáculo a la libre circulación, cuando el producto en cuestión haya sido fabricado legalmente o comercializado en otro Estado de la Comunidad. Los Estados podrán imponer determinadas limitaciones en el ámbito de su territorio, como la prohibición de la importación solo cuando entren en juego exigencias imperativas «de orden público⁵⁹⁷, moralidad⁵⁹⁸ y seguridad públicas⁵⁹⁹, protección de la salud y vida de las personas⁶⁰⁰ y animales⁶⁰¹, preservación de los vegetales, protección del

⁵⁹⁷ TJ, sentencia de 27 de octubre de 1977, *Regina/Bouchereau*, C-30/77.

⁵⁹⁸ TJ, sentencias de 14 de diciembre de 1979, *Henn y Darby*, C-34/79; TJ, sentencia de 11 de marzo de 1986, *Conagate Limited*, C-121/85.

⁵⁹⁹ TJ, sentencia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil Limited y otros*, C-72/83.

⁶⁰⁰ TJ, sentencia de 14 de septiembre de 1982, *Keurkoop*, C-144/81.

⁶⁰¹ TJ, sentencia de 3 de diciembre de 1998, *Ditkev Bluhme*, C-67/97.

patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial», aunque «tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros» (art. 36 TFUE/antiguo artículo 30 TCE). Como se puede observar, entre las «razones imperativas» recogidas en la cláusula contenida en dicho artículo no se incluyen motivos de carácter meramente económico.

Además, al afirmar que el principio del reconocimiento mutuo implica que en aquellas materias que no hayan sido objeto de armonización los Estados deberán adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas para permitir la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales y alcanzar un justo equilibrio entre la garantía de la libertad transfronteriza y el respeto de los objetivos y prioridades de la Unión Europea, se deduce la existencia de una estricta relación entre este principio y la institución de un mercado interior y su complementariedad con la aproximación de las normativas nacionales, la cual está prevista en aquellos supuestos en los que exista un objetivo justificado, dejando para los demás supuestos la aplicación del reconocimiento mutuo.

La operatividad de tales mecanismos requiere el refuerzo de la confianza mutua en los distintos ordenamientos que componen la UE. Todo ello se reitera también en el art. 114 TFUE (antiguo artículo 95 TCE), según el cual las medidas de armonización, tendentes a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior incluirán en los casos apropiados una cláusula de salvaguarda que autorice a los Estados miembros a adoptar, por uno o varios motivos económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control.

1.2. La aplicación del principio de reconocimiento mutuo al ámbito penal

El éxito que tuvo el mecanismo del reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado interior indujo a los Estados miembros a extender dicho concepto, transponiéndolo también al ámbito de la cooperación judicial en materia penal, sobre la base de las estrictas relaciones entre la institución de un mercado interior y el desarrollo de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, el primero se propone la libre circulación de las personas, mercancías, servicios y capitales, articulando factores productivos; en cambio, el segundo pretende alcanzar la libre circulación de las decisiones tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal, eliminando todos los posibles obstáculos jurídicos a la cooperación judicial.

La introducción de este mecanismo en el ámbito penal ha supuesto un importante replanteamiento de las principales categorías en torno a las que se ha ejercido tradicionalmente el *ius puniendi*, tanto en lo que concierne a su carácter exclusivo, en cuanto de monopolio de los Estados, y al concepto de soberanía nacional en relación con el principio de la territorialidad, así como al carácter intergubernamental de la cooperación judicial⁶⁰². En el ámbito de relevancia

⁶⁰² Sobre el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el ámbito penal, vid. los siguientes estudios: KLIP, A., «European integration and harmonisation and criminal law», en CURTIN, D. M./SMITS, J. M./KLIP, A./MCCAHERY, J. A., *Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law*, Intersentia, Maastricht university, Faculty of law, 2006, pp. 109-153. KLIP, A., «Harmonization of Criminal Law in Europe», en JOHANNES HUSABO, E./STRANDBAKKEN, A. (eds.), *European integration and harmonization and criminal law*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005, pp. 109-153. VERNIMMEN, G./VAN TIGGELEN/SURANO, L., *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Institute for European Studies, Université Libre de Bruxelles ECLAN – European Criminal Law Academic Network, 2008. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/mutual_recognition_en.pdf. WEYEMBERG, A., «The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union», *MJECL*, vol. 12, n. 2, 2005, pp. 149–172. ID., «¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea?», en MUÑOZ DE MORALES, M./ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 89-98. ARROYO ZAPATERO, L. (dir.)/MUÑOZ DE MORALES, M. (coord.), *European Criminal Law: An*

penal, el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales implica que, cuando una autoridad judicial, en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones transnacionales, adopta una resolución con arreglo a su Derecho interno, dicha resolución será aceptada automáticamente en todos los demás Estados miembros y surtirá efectos directos, plenos y equivalentes, o al menos similares en todo el territorio de la Unión⁶⁰³.

Overview, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2010. VOGEL, J., *The European Integrated Criminal Justice System and Its Constitutional Framework*, MJECL, vol. 12, n. 2, 2005, pp. 125-148. DE HOYOS SANCHO, M., «Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales...*, cit., pp. 42-79. DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Rev. derecho com. eur.*, n. 22, 2005, pp. 807-842. GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Pluralismo constitucional en la Unión Europea y heterogeneidad de las normativas penales de los Estados Miembros: problemas del principio de reconocimiento mutuo», *CPC*, n. 106, Época II, abril, 2012, pp. 191-222. AMALFITANO, C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2006. PARISI, N., «Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri», en PARISI, N., *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011, pp. 503-518. PARISI, N., «Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie processuali», *Studi int. eur.*, n. 1-2012, pp. 33-57.

⁶⁰³ El Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea (COM/2004/0334 final) constituye una de las primeras concreciones del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal. A nivel institucional, dicho principio obtuvo reconocimiento durante el Consejo de Cardiff, que tuvo lugar los días 15 y 16 de junio de 1998. En Cardiff se solicitó al Consejo que determinara el alcance de un mayor reconocimiento mutuo de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Posteriormente, el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia también hizo referencia al reconocimiento mutuo de las resoluciones penales y poco después dicho principio fue reconsiderado en el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (COM/2001/0715 final). Sin embargo, su consolidación definitiva se llevó a cabo en las Conclusiones del Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), que sentaron las bases para su efectiva aplicación en el ámbito penal.

1.3. Desde el Consejo de Tampere a los actos europeos de derecho derivado

La importancia del principio del reconocimiento mutuo fue reconocida en el Consejo extraordinario que tuvo lugar en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, durante el cual se definió como la «piedra angular» de la cooperación judicial, tanto en materia civil, como penal⁶⁰⁴. En el Consejo Europeo de Tampere⁶⁰⁵ se afirmó que «un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y

⁶⁰⁴ Vid. Conclusiones del Consejo de Tampere, punto 33. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, como ponen de relieve MONETTI y SALAZAR se hablaba del «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia». Sin embargo, «con la esperanza de no ser acusados de euroescepticismo, no hemos de olvidar que, ahora por lo menos, hablando de un espacio jurídico europeo único se recurre a un especie de *fictio iuris*, es decir, de un valor tendencial que expresa los auspicios de la superación de las distancias geográficas y de las diversidades institucionales». Al respecto, vid. MONETTI, V./SALAZAR, L., «Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali», en AMATO, G., PACIOTTI, E. (coords.), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Quaderni Astrid, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 101-138. Sobre el punto se reenvía en particular a pp. 118 y ss. En palabras de SÁNCHEZ LÉGIDO: «En pos de ese objetivo (el principio de reconocimiento), de tan aplastante lógica como compleja realización práctica, en Tampere (1999) los más altos dirigentes europeos parecieron dar con la mágica fórmula con la que compatibilizar el manifestado deseo de avanzar en el campo de la cooperación judicial penal, con las tradicionales y subsistentes reticencias nacionales a aceptar cesiones en un ámbito tan sensible y apegado al núcleo de la noción de soberanía como es el relativo al alcance, contenido y límites del *ius puniendi* estatal». Efectivamente, la “fórmula mágica” del reconocimiento mutuo, que constituye “la piedra angular de la cooperación judicial” en la Unión Europea, ha sido aplicada todas las veces que ha sido necesario plasmar estrategias dirigidas a establecer primero, o reforzar después, la dimensión judicial penal del Espacio de Libertad, de Seguridad y Justicia». SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *REEL*, n. 14, 2007, pp. 1-56 (vid. p. 3). Más escépticos son VERNIMMEN, G./TIGGELEN, V./SURANO, L., quienes critican la política de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, afirmando que desde que durante el Consejo Europeo de Tampere, el principio de reconocimiento mutuo se consagró como la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea y a pesar de la aparente lógica de la política de tal mecanismo, de los programas y de los planes de acción elaborados para dar cumplimiento a este principio, la política de bloqueo y los retrasos se han multiplicado. Todavía la Unión Europea no ha conseguido dar vida al espacio judicial europeo, basado en el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, definiendo una «fortuita aplicación de una política coherente» y en la confianza mutua. Sobre esta cuestión se reenvía a: VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G./SURANO, L., *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰⁵ En la conclusión n. 35, concerniente al ámbito penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Se considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eluden la

sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales». Por tanto, el reconocimiento mutuo debe asegurar no solo la ejecución de las condenas, sino también que se cumplan de manera que protejan los derechos individuales. Por ejemplo, también debería solicitarse la ejecución en otro Estado miembro cuando permita una mejor reintegración social del delincuente⁶⁰⁶.

Además en Tampere se pidió al Consejo y a la Comisión que adoptaran, a más tardar en diciembre de 2000, un programa de medidas para aplicar el principio del reconocimiento mutuo, en el que se abordasen también los aspectos procesales, que requiriesen la adopción de normas mínimas comunes para facilitar su aplicación, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros⁶⁰⁷. El reconocimiento mutuo no puede remplazar enteramente la aproximación de los ordenamientos, sino que tales mecanismos deberían ir juntos integrándose y complementándose recíprocamente. Por lo tanto, se consideró que el primer paso consistía en determinar los ámbitos en los que se necesitaban tales normas mínimas comunes para asegurar la indispensable confianza mutua. Entre tales áreas destacaba por su importancia la protección del acusado en el procedimiento y los derechos de la defensa y se instaba a profundizar en el acceso al asesoramiento jurídico y a la representación, a la interpretación y a la traducción, cuando el acusado no conozca bien la lengua de procedimiento, en el acceso al órgano jurisdiccional (en caso de procedimientos administrativos a nivel de recurso) y también en lo que concierne a la protección de la víctima del delito respecto de la posibilidad de ser oído en el procedimiento penal y de presentar pruebas.

justicia y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el artículo 6 del TUE.

⁶⁰⁶ Conclusión de la Presidencia, n. 33.

⁶⁰⁷ Conclusión de la Presidencia, n. 37.

Desde el Consejo de Tampere, se han adoptado varios documentos de naturaleza programática, como el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁶⁰⁸, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de fecha de 26 de julio de 2000⁶⁰⁹, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, que establece en su apartado 10, titulado «Protección de Derechos Individuales», que debe «garantizarse que no solamente el trato de sospechosos y los derechos de defensa no se resientan de la aplicación del principio [de reconocimiento mutuo], sino que las salvaguardias incluso mejorarán a lo largo del proceso». Poco después se aprobaron también el Programa de medidas del Consejo destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal y aproximar las legislaciones de los Estados de la Unión (2001)⁶¹⁰, el Programa de la Haya (2006-2009)⁶¹¹ y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia

⁶⁰⁸ El Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (DO C 19 de 23.01.1999) también habla del reconocimiento mutuo de las resoluciones penales. La letra f) del punto 45 pide el inicio de un proceso destinado a facilitar el reconocimiento de resoluciones y la ejecución de sentencias en asuntos penales en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. En la misma línea, en la Comunicación de la Comisión «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia» se afirma que: «Las normas procesales deberían, en general, responder a las mismas garantías, por las que se asegure que las personas no van a ser tratadas de manera diferente según el órgano jurisdiccional que conozca del asunto» y que «las normas pueden ser diferentes, siempre que sean equivalentes», COM (1998) 459, 14 de julio de 1998.

⁶⁰⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 26 de julio de 2000, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, COM (2000) 495 final.

⁶¹⁰ Programa de medidas (del Consejo y de la Comisión) destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, DO C 12.15.1.2001. p. 10.

⁶¹¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros (2005)⁶¹². A continuación, se adoptó el Programa de Estocolmo (2010-2014)⁶¹³, el cual incorpora el Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales y un abundante número de medidas de diversa naturaleza: preventiva, cautelar, de investigación, enjuiciamiento y ejecución, encaminadas a la prevención y represión de los crímenes más graves de carácter transfronterizo, para dotar a este principio de concreción, aproximando de forma gradual y progresiva las legislaciones de los Estados de la Unión.

En dicho marco, es importante recordar que también el Tratado constitucional preveía «constitucionalizándolo» el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en materia civil y penal en el artículo III-257. Y tras su fracaso, dicha disposición ha sido incorporada finalmente al Tratado de Lisboa⁶¹⁴, que ha procedido a su definitiva institucionalización.

En lo que concierne a los actos normativos de derecho derivado tendentes a favorecer la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI⁶¹⁵ de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros constituye el primer instrumento de concreción y aplicación de este principio en el ámbito penal. Su negociación fue impulsada por los acontecimientos del 11 S, como respuesta a la exigencia de seguridad y garantía de la justicia, debido al intensificarse de las problemáticas relacionadas con el terrorismo, la inmigración

⁶¹² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Comunicación sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros {SEC (2005) 641}.

⁶¹³ Programa de Estocolmo, una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, aprobado por el Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 2009 (Diario Oficial n. C 115 de 4/5/2010).

⁶¹⁴ Vid. arts. 81 y 82 TFUE.

⁶¹⁵ Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI).

clandestina y, en general, con la criminalidad organizada de carácter transfronterizo. La euro-orden establece un sistema de extradición simplificado respecto al tradicional sistema de extradición multilateral⁶¹⁶, que se basaba en el principio de reciprocidad y se caracterizaba por un mayor grado de complejidad, por sus perfiles intergubernamentales. Su finalidad es establecer un nuevo sistema más eficaz de entrega de personas sospechosas, acusadas o condenadas desde el Estado de ejecución al Estado de emisión de la orden, y dar ejecución a las sentencias o diligencias en materia penal, facilitando y acelerando la cooperación judicial para consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia, basado en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros⁶¹⁷.

La Decisión marco sobre la euro-orden dio el impulso necesario para la adopción de medidas ulteriores dirigidas a la protección de los derechos de las personas implicadas en un procedimiento penal, mediante el refuerzo del principio del reconocimiento mutuo y la armonización, en su caso, de determinados aspectos de las legislaciones nacionales. La segunda decisión marco adoptada en este ámbito fue la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003⁶¹⁸, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. A continuación, se adoptaron la Decisión Marco 2005/214/JAI de 24 de febrero de 2005⁶¹⁹ relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones

⁶¹⁶ En tal sentido, vid. las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld v. Leden van de Ministerraad*, C-303/05, apartado 28; sentencia de 17 de julio de 2008, *Kozłowski*, C-66/08, apartados 31 y 43; sentencia de 6 de octubre de 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, apartado 56, y sentencia de 16 de noviembre de 2010, *Mantello*, C-261/09, apartado 35.

⁶¹⁷ TJUE, *Melloni*, cit., apartado 37, y TJUE, sentencia de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11, apartado 34.

⁶¹⁸ Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003).

⁶¹⁹ Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005).

pecuniarias, la Decisión Marco 2006/783/JAI de 6 de octubre de 2006⁶²⁰ relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso y la Decisión marco 2008/675/JAI de 24 de julio de 2008⁶²¹ relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

Además, justo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, entre 2008 y 2009, se establecieron tres Decisiones marco complementarias⁶²². Este «paquete de medidas» está integrado por:

a) La Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008⁶²³ relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (Decisión marco sobre el traslado de personas).

b) La Decisión Marco 2008/947/JAI⁶²⁴ de 27 de noviembre 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y

⁶²⁰ Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006).

⁶²¹ Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008).

⁶²² INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre la aplicación, por los Estados miembros, de las Decisiones Marco 2008/909/JAI, 2008/947/JAI y 2009/829/JAI sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas y medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (Bruselas 5.02.2014).

⁶²³ Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008).

⁶²⁴ Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008). La importancia de esta medida ha sido puesta de relieve por ARANGÜENA FANEGO, C., según la cual representa «un ejemplo paradigmático de que libertad

resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (Decisión sobre libertad vigilada y penas sustitutivas).

c) Y por último, la Decisión Marco 2009/829/JAI⁶²⁵ de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (Decisión sobre la orden europea de vigilancia).

Mediante este paquete de medidas, se pretende resolver el problema de la retención por los órganos jurisdiccionales penales de ciudadanos no residentes en su territorio por temor a que no comparezcan en juicio, reduciendo la prisión preventiva y facilitando a la vez la reinserción social de los presos en situaciones transfronterizas. Pero sobre todo, de tal forma, se pretende asegurar que los ciudadanos no residentes en un territorio y sujetos a procedimientos penales no reciban un trato diferente al de los residentes, arriesgándose los primeros a ser sometidos a prisión provisional mientras que, en circunstancias similares, un residente no lo sería. Tales medidas adquieren una gran importancia, si se considera el elevado número de ciudadanos de la UE que se encuentran

y seguridad pueden resultar armoniosamente cuidados en un mismo instrumento», porque de un lado se persigue «el reforzamiento del estatus de imputado y el respeto a su derecho a la presunción de inocencia y a su libertad personal, al permitirle eludir la medida de prisión provisional» y por otra parte exige su presencia en el Estado de enjuiciamiento y desplazarse, en cambio, al de su residencia habitual hasta que el juicio se celebre o sea reclamado, a través de la emisión de una resolución judicial de carácter cautelar que impone medidas de vigilancia supervisadas por la autoridad de ejecución del Estado de residencia tras su reconocimiento. Sobre la orden europea de vigilancia: ARANGÜENA FANEGO, C., «De “la Orden europea de vigilancia” al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en ARANGÜENA FANEGO, C., (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 223-266.

⁶²⁵ Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, DO L 294 de 11.11.2009.

encarcelados y por tanto privados de su libertad en uno de los Estados miembros.

Poco después, en 2009, se aprobó la primera Decisión Marco modificativa de otras anteriores, la Decisión Marco 2009/299/JAI⁶²⁶, 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, y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y los cambios que estaba destinado a aportar al ELSJ, en 2011, se adoptó la primera Directiva en dicho ámbito: la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

Y finalmente, en 2014, se han aprobado la Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁶²⁷ y la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE⁶²⁸. La primera, en particular, adquiere una gran importancia en la regulación de los derechos procesales en la UE, puesto que instituye un nuevo mecanismo⁶²⁹ para la

⁶²⁶ Decisión Marco 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81/24 de 27.3.2009).

⁶²⁷ Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO L 130/1). En dicho marco antes se había adoptado también la Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO L 350 de 30.12.2008).

⁶²⁸ Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, (DO L 127/39) 29.4.2014.

⁶²⁹ En concreto esta medida sustituye, a partir del 22 de mayo de 2017, al Convenio de Asistencia Judicial del Consejo de Europa de 20 de abril de 1959, al Convenio de 19 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, y al Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, que se basan en mecanismos más tradicionales de

circulación de las pruebas en el ELSJ, mediante el cual se pretende dotar de operatividad al principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en un nivel más avanzado respecto a los demás instrumentos adoptados hasta el momento, estableciendo un nuevo marco normativo para la investigación transfronteriza de delitos en la UE. En esto se encuentra el carácter novedoso de este instrumento, pues la OEI no se limita a permitir el reconocimiento mutuo de las sentencias o resoluciones judiciales, que finalizan un procedimiento, sino a extender la aplicabilidad de este principio al conjunto de actos preliminares, endo-procesales, instituyendo un sistema de «libre circulación de las pruebas» (82.2 TFUE) en los procesos penales, mediante la adopción de medidas y «estándares mínimos». De ahí, la fuerza y la virtualidad de esta medida pero también su complejidad a la hora de garantizar su operatividad⁶³⁰.

cooperación judicial, a la Decisión Marco 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas y a la Decisión Marco 2008/978/JAI relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas.

⁶³⁰ Sobre la presente Directiva, entre los primeros comentarios, vid.: CAMALDO, L., «La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione», *Dir. pen. cont.*, 27.05.2014. UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, OSSERVATORIO EUROPA, «Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale: criticità applicative del sistema di libera circolazione delle prove e sacrificio del contraddittorio tra le parti», *www.camerepenali.it*, Roma, 27.05.2014, pp. 1-9. AGUILERA MORALES, M., «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», *BMJ*, año LXVI, n. 2145, 1.08.2012, pp. 27.

2. ELEMENTOS PARA UNA CONSTRUCCIÓN DOGMATICA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN MATERIA PENAL

2.1. El replanteamiento de la soberanía nacional y de la cooperación judicial

Del análisis de los distintos actos normativos de derecho derivado adoptados en el seno de la UE para dar concreción al principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal, se puede individualizar la existencia de un sistema articulado, integrado por normas y principios comunes, que permiten trazar una construcción dogmática de este principio⁶³¹. Entre los principales elementos comunes a tales medidas se individualizan los siguientes aspectos: el marco normativo de referencia y su incidencia en la construcción de un sistema de justicia penal europeo, la ratio subyacente y los objetivos que pretenden alcanzar.

Tales actos se enmarcan en el proceso de construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia de carácter europeo, basado en un modelo de cooperación judicial, tanto en materia civil como penal, y de cooperación policial, cuyo pilar desde el Consejo de Tampere es representado por el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Dicho principio, como ya se ha observado, establecido inicialmente por el Tribunal de Justicia con vistas a la construcción del mercado único europeo, ha sido transpuesto progresivamente al tercer pilar, relativo a la cooperación judicial en materia penal, mediante la adopción de actos de derecho derivado, y

⁶³¹ BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento y la ejecución de sentencias privativas de libertad en la Unión Europea: comentario a la decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008», *RGDE*, n. 18, 2009, pp. 1-30. AMALFITANO, C., «Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali», *Studi int. eur.*, n. 1, 2009, pp. 73-120. PARISI, N., «Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie», cit..

finalmente institucionalizado y consagrado como principio jurídico en el Tratado de Lisboa⁶³².

La positivización de este principio en los Tratados constitutivos confirma su importancia en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia y la íntima imbricación entre la necesidad de consolidar un mercado interior basado en la libre circulación de las personas y la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que los criminales no se queden impunes y se reduzcan los conflictos de jurisdicción⁶³³ y la práctica del *fórum shopping*.

Pero sobre todo la transposición del principio del reconocimiento mutuo al ámbito penal ha determinado un replanteamiento de la soberanía nacional y del dogma del principio de territorialidad en su acepción tradicional y también de la cooperación judicial, que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa formaba parte del tercer pilar, de carácter intergubernamental. Por tradición, el ejercicio del *ius puniendi* se concebía como una prerrogativa estatal y las sentencias dictadas en un Estado no eran susceptibles de producir efectos más allá de las fronteras del Estado en el que se habían dictado. En este sentido, como se destaca en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal (2000), «el reconocimiento de una resolución extranjera en materia penal puede comprenderse en el sentido de que surte efectos fuera del Estado en que se ha

⁶³² Arts. 81 y 82 TFUE.

⁶³³ En el tercer considerando de la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO L 328 p. 42) se afirma que: «Las medidas establecidas en la presente Decisión marco deben tener como objetivo evitar las situaciones en que una misma persona es objeto de procesos penales paralelos en distintos Estados miembros por los mismos hechos, que podrían llevar a una resolución final de dichos procedimientos en dos o más Estados miembros. Por consiguiente, la Decisión marco pretende prevenir la vulneración del principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del [CAAS] [...]». Y según el artículo 5, apartado 1, de esta Decisión marco, cuando la autoridad competente de un Estado miembro tenga motivos razonables para creer que se está tramitando un proceso penal paralelo en otro Estado miembro, se pondrá en contacto con la autoridad competente de ese otro Estado miembro para confirmar la existencia.

dictado, bien atribuyéndole los efectos jurídicos previstos por el Derecho penal extranjero, bien tomándola en consideración para que surta los efectos previstos por el Derecho penal del Estado de reconocimiento»⁶³⁴.

El paso del mecanismo de la extradición a la euro-orden nos ofrece una confirmación del cambio aportado por el principio del reconocimiento mutuo. La extradición, que comporta la entrega de las personas acusadas o condenadas para que sean enjuiciadas (extradición procesal) o para que se ejecute la sanción (extradición ejecutiva), se lleva a cabo en dos fases: una fase judicial, en la que la autoridad judicial realiza sus evaluaciones técnicas jurídicas, y una fase meta-judicial, de evaluación política, realizada por las autoridades de gobierno⁶³⁵. Y es precisamente el papel desempeñado por los responsables políticos provenientes de dos ordenamientos jurídicos distintos que justifica la aplicación de los principios de reciprocidad y de doble incriminación. En el caso del mecanismo de la extradición «entran en contacto dos Estados soberanos, el requirente y el requerido, que actúan desde posiciones autónomas», aunque interrelacionadas. El primero solicita la «colaboración del otro, que decide si la presta caso por caso, en atención a motivos que trascienden el universo estrictamente jurídico, para adentrarse en el ámbito de las relaciones internacionales, donde el principio de oportunidad ostenta un papel relevante»⁶³⁶.

En cambio, los instrumentos regulados en los actos de derecho derivado instituidos en el seno de la Unión a partir de la euro-orden, pudiendo operar solo tras la adopción de una resolución dictada por un órgano judicial de un Estado

⁶³⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas, 26.7.2000, COM (2000) 495 final, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento. Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal (p. 4).

⁶³⁵ DE AMICIS, G., «L'attuazione del mandato d'arresto europeo nell'ordinamento italiano», *Giur. merito*, 2006, vol. 3, pp. 767-808.

⁶³⁶ Conclusiones del Abogado General D. Ruíz Jarabo Colomer presentadas el 12 de septiembre de 2006, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, C-303/05, apartado 42.

miembro (Estado de emisión), con vistas a la detención y a la entrega por otro Estado miembro (Estado de ejecución) de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de la libertad⁶³⁷, se enmarcan en un escenario completamente distinto en el que el auxilio judicial se lleva a cabo en un sistema jurídico supranacional de integración y ya no entre Estados soberanos, considerados como compartimentos estancos. En dicho contexto los Estados han decidido ceder parte de su soberanía estatal a la UE, la cual ostenta una propia capacidad de producción normativa que permite realizar una aproximación entre las legislaciones internas de sus Estados miembros.

Estamos ante un nuevo modelo de cooperación judicial⁶³⁸, basado en procedimientos mucho más ágiles, rápidos, sencillos y más seguros respecto al sistema tradicional, caracterizado por las comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas y por lo tanto sometido a la discrecionalidad política. Dicho sistema ha sido sustituido por la comunicación directa entre autoridades judiciales, mediante la trasmisión de las resoluciones judiciales del Estado de emisión al Estado de ejecución, que tienen que completar un formulario o un certificado. Y no hemos de olvidar la importancia de la supresión del principio de la doble incriminación en un listado de supuestos predeterminados. El rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución podrá tener lugar solo, de forma excepcional, cuando se den los motivos de denegación establecidos.

⁶³⁷ Art. 1 de la Decisión marco 2002/584/JAI.

⁶³⁸ Tanto el Convenio de 1991 sobre la ejecución de condenas penales extranjeras como el Convenio de la UE de 1998 sobre las decisiones de privación del derecho de conducir prevén que el reconocimiento se realice indirectamente, convirtiendo la resolución judicial extranjera en una nueva resolución nacional, que, a su vez, puede ser una resolución formal, que reproduce íntegramente la original, o una resolución “que asimile” la resolución extranjera, como en el caso de que se adoptara la resolución que las autoridades podrían haber tomado si hubieran tratado originalmente el caso.

2.2. La común *ratio* inspiradora: la confianza mutua y el principio de equivalencia

La cooperación judicial tradicional en materia penal se basaba en una variedad de instrumentos jurídicos internacionales, que se caracterizan por el principio de «petición». En virtud de este principio, un Estado soberano formulaba una petición a otro Estado soberano, que determinaba si darle curso o no. En cambio, el reconocimiento mutuo se basa en la reciproca confianza entre los Estados miembros de la UE y el principio de equivalencia⁶³⁹.

El concepto de confianza mutua debe entenderse no solo en términos de conformidad, sino también de correcta aplicación de las normas por parte de los demás Estados. En este sentido, confianza mutua y armonización van de las manos: la primera constituye el presupuesto para proceder a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia penal; pero a la vez, la armonización, mediante la adopción de normas mínimas comunes, contribuye a reforzar la confianza en los demás ordenamientos⁶⁴⁰. Cuanto más se consiga armonizar las normas penales de los ordenamientos de los Estados miembros, tanto más estos estarán dispuestos a renunciar a aplicar sus normas internas,

⁶³⁹ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P. «¿Hacia una europeización del proceso?», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 125-150. Según la autora: «el reconocimiento mutuo fue consecuencia de un cambio de mentalidad que surgió a finales del siglo pasado y que se inspiró en la confianza, de un lado, y en la equivalencia, de otro. Confianza, se dijo –y dirá–, en unos ordenamientos jurídicos de carácter estatal y de cuidado especial por los derechos humanos... y confianza también y además en una aplicación intachable a cargo de los órganos jurisdiccionales internos. La equivalencia, por su parte, se refirió –y refiere– a las resoluciones judiciales adoptadas en los distintos países integrantes de la Unión y se dio –y da– por pertenecer todos a una *misma* comunidad jurídica, por partir de unos *mismos* valores y objetivos y por responder el enjuiciamiento a unas *mismas* garantías» (p. 132).

⁶⁴⁰ Al respecto, en el Libro Verde de la Comisión sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, se afirma que: «Para que exista confianza mutua, es oportuno que los Estados miembros confirmen una serie estándar de garantías procesales para sospechosos e inculpados», p. 9.

ejerciendo sus prerrogativas soberanas, y aceptarán los sistemas penales de los demás Estados considerándolos equivalentes⁶⁴¹.

Por otra parte, en virtud del principio de equivalencia, las distintas normativas internas relativas al conjunto de garantías y recursos jurisdiccionales a los que el particular puede acudir se deben considerar funcionalmente comparables, es decir deben garantizar un nivel de protección similar, de cara a satisfacer los preeminentes valores e intereses jurídicos en juego. Todo esto sin perjuicio de la mayor o menor conveniencia de aproximar los sistemas punitivos nacionales. Por supuesto, el que las legislaciones del Estado requirente (Estado de emisión) y del Estado requerido (Estado de ejecución) sean funcionalmente equivalentes no significa que sean completamente idénticas, sino solo que garanticen un nivel de protección similar y que las garantías procesales y los principios fundamentales de los distintos sistemas de justicia de los EEMM respondan a un marco mínimo común y a intereses y objetivos compartidos. Por consiguiente, se sigue admitiendo la existencia de diferencias entre los distintos ordenamientos que componen la UE, siempre y cuando todo esto no afecte a los principios fundamentales sobre los que la UE se asienta.

De tal forma, se pretende preservar las especificidades y peculiaridades propias de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas en materia de justicia penal, que caracterizan a sus Estados miembros y que son expresión de su identidad nacional. Sobre la base de esta idea de equivalencia y de la confianza en que se funda, los resultados alcanzados en el otro Estado pueden surtir efecto

⁶⁴¹ Ya en el Programa de la Haya se afirmaba que en «lo que respecta a la **justicia penal**, la aproximación y el establecimiento de normas mínimas para varios aspectos de derecho procesal (tal como *ne bis in idem*, la práctica de la prueba o las sentencias en rebeldía) son útiles para **crear confianza mutua** y desarrollar el **reconocimiento mutuo**. Con respecto a este último, hay que tomar varias medidas para garantizar que las autoridades encargadas de la aplicación de la ley actúen de forma eficiente y oportuna (tales como el reconocimiento mutuo de medidas cautelares prejudiciales o el reconocimiento y ejecución de las penas privativas de libertad) y, con carácter más general, sustituir la ayuda mutua tradicional por instrumentos nuevos basados en el reconocimiento mutuo».

en la propia esfera de influencia jurídica. En este sentido, una resolución adoptada por una autoridad en un Estado podría aceptarse como tal en otro Estado –salvo concurren algunas circunstancias de denegación–, aunque en este ni siquiera exista una autoridad comparable, o no pueda tomar tales resoluciones, o hubiera tomado una resolución enteramente diferente en un caso comparable.

La confianza mutua y el principio de equivalencia estarán sometidos en todo momento al respeto por parte del Estado de emisión de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 del TUE y en la Carta, en particular su Título VI, dedicado a la Justicia, puesto que «la presunción de inocencia y los derechos de la defensa en los procesos penales son una piedra angular de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal»⁶⁴². Por lo tanto, «Cualquier limitación de estos derechos mediante una medida de investigación ordenada de conformidad con la presente Directiva debe ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Carta con respecto a la necesidad, proporcionalidad y a los objetivos de interés general que debe buscar, o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás»⁶⁴³. Asimismo se deberán respetar también los principios consagrados en el Derecho internacional y en los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, *in primis* el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros, en particular, las disposiciones constitucionales relativas a las garantías procesales, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación⁶⁴⁴.

⁶⁴² Considerando n. 12 de la Directiva 2014/41.

⁶⁴³ Ídem.

⁶⁴⁴ Al respecto, vid. Considerando n. 13 a 15 y art. 3.4 Decisión marco 2008/909/JAI; Considerando n. 16 a 18 y art. 5 Decisión marco 2009/829/JAI; Considerando n. 5 a 8 y art. 1.4 de la Decisión marco 2008/947/JAI; Considerando n. 10, 12 y 13 y art. 1.3 de la Decisión marco 2002/584/JAI; Considerando n. 12, 18, 19 y 20 y art. 1.4 Directiva 2014/41/CE, según el cual: «La presente Directiva no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar

Para facilitar el respeto por parte del Estado de emisión de los derechos fundamentales de las personas destinatarias, en cada uno de los instrumentos de Derecho derivado se ha introducido un elenco de supuestos en los que la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución deberá o podrá, según, denegar su ejecución⁶⁴⁵ y se ha establecido la posibilidad de suspender su ejecución en caso de violación grave y persistente por parte de uno de los Estados miembros (art. 6.1 TUE) de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales, con arreglo a lo dispuesto en el art. 7 TUE⁶⁴⁶.

2.3. La supresión de la doble incriminación

El principio del reconocimiento mutuo pretende no solo aproximar los sistemas penales de los Estados miembros, eliminando o al menos atenuando las diferencias más relevantes, sino también, desde un punto de vista sustantivo, eliminar el requisito de la doble incriminación, evitando que la autoridad judicial del Estado de ejecución tenga siempre que considerar que el supuesto típico

los derechos fundamentales y los principios jurídicos enunciados en el artículo 6 del TUE, incluido el derecho de defensa de las personas imputadas en un proceso penal, y cualesquiera obligaciones que correspondan a las autoridades judiciales a este respecto permanecerán incólumes». En el mismo sentido se expresa también la Decisión marco 2009/299/JAI.

⁶⁴⁵ La Decisión marco sobre la euro-orden regula los supuestos de no ejecución obligatoria en el artículo 3 y de no ejecución facultativa en los artículos 4 y 4 bis. En particular, el art. 4 bis prevé cuatro excepciones a la no ejecución facultativa, estableciendo que cuando la persona condenada en rebeldía tuvo conocimiento con suficiente antelación de la celebración prevista del juicio y fue informada de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera, la autoridad judicial de ejecución está obligada a proceder a la entrega de dicha persona, de modo que no puede subordinar esta entrega a la posibilidad de un nuevo proceso, con la presencia de esa persona, en el Estado miembro emisor.

⁶⁴⁶ Considerando n. 10, Decisión marco 2002/584/JAI. Al respecto, se dispone que: «El mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros. Su aplicación solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo».

delictivo sea previsto y estructurado en forma sustancialmente uniforme en ambos ordenamientos. En este sentido, las diferencias que siguen permaneciendo entre los distintos ordenamientos no deben constituir un obstáculo para la concreción del principio del reconocimiento mutuo.

Al respecto, es interesante observar que en todas las medidas analizadas aparece un grupo de «32 delitos», en relación a los que se suprime el requisito de la doble incriminación⁶⁴⁷. Se trata de delitos, como, entre otros, la pertenencia a una organización delictiva, el terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de menores y pornografía infantil, el tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, el tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, la corrupción, el fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, el blanqueo de los productos del delito, la falsificación de moneda, los delitos informáticos o los delitos contra el medio ambiente, sobre cuya gravedad existe un consenso generalizado a nivel internacional. En tales supuestos y en el respeto a las condiciones exigidas para cada tipo de instrumento de reconocimiento mutuo, cuando una orden o una resolución dictada en otro Estado miembro sea transmitida al Estado de ejecución para su reconocimiento y ejecución, estos no estarán sujetos al control de la doble tipificación, en la medida en que se refiera a alguno de los delitos enumerados a continuación y se cumplan las condiciones exigidas por la ley para cada tipo de instrumento de reconocimiento mutuo.

Dicha lista podrá ser sometida a revisión, por el Consejo, que en todo momento, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá añadir otras categorías de delitos a dicha lista. Para los delitos distintos a los mencionados en dicha lista, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la resolución sean constitutivos de un delito

⁶⁴⁷ Por ejemplo, vid.: art. 2 Decisión marco 2002/584/JAI; art. 10 Decisión marco 2008/947/JAI, art. 14 decisión marco Decisión marco 2009/829/JAI; art. 7 Decisión marco 2008/909/JAI; art. 11 Directiva 2014/41/CE.

respecto al Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.

La supresión del requisito de la «doble incriminación» tiene el objetivo de favorecer una relación más estrecha entre las jurisdicciones nacionales hacia la armonización del Derecho penal de todos los Estados de la Unión. Mediante la renuncia expresa de los Estados de la UE al control previo de conformidad a su ordenamiento jurídico interno en relación con tales infracciones, el reconocimiento mutuo de la decisión emitida por la autoridad extranjera adquiere un carácter casi automático.

2.4. Los efectos del principio del reconocimiento mutuo

2.4.1. Los efectos negativos

El reconocimiento de una sentencia o resolución judicial dictada por una autoridad extranjera produce efectos que son susceptibles de extenderse más allá del Estado que ha emitido la decisión. Tales efectos tienen carácter negativo y positivo. Los efectos negativos de la decisión objeto de reconocimiento están directamente relacionados con el valor de cosa juzgada, que a su vez es consustancial al principio del *ne bis in idem*. En virtud de la autoridad de la cosa juzgada y de su eficacia de preclusión, cuando una persona haya sido objeto de una resolución sobre determinados hechos y normas jurídicas aplicables, se prohíbe instaurar nuevos juicios contra el mismo sujeto para los mismos hechos objeto de la decisión reconocida.

Por lo tanto, el principio del *ne bis in idem* respondería al siguiente esquema: alguien condenado o absuelto por un delito cometido en el Estado miembro A no debería ser procesado por el mismo hecho en el Estado miembro B, aun cuando el Estado miembro B tenga jurisdicción sobre tal hecho (porque, por ejemplo, el justiciable sea nacional del Estado miembro B) o en el Estado miembro B hubiera podido pronunciarse una sentencia diferente (por ejemplo,

porque el supuesto típico delictivo pueda ser castigado con una pena de privación de libertad más larga).

El principio del *ne bis in idem* impone no solo que las personas no podrán ser juzgadas dos veces por el mismo supuesto de hecho sino que tampoco se podrá volver a poner en discusión la decisión en cuestión⁶⁴⁸. En este sentido, según el Abogado General RUÍZ-JARABO COLOMER, «El proceso penal representa, per se, un gravamen necesario para quien, al albur de indicios racionales, es reputado sospechoso de una acción reprochable; pero, si los tribunales estiman definitivamente que no se han acreditado los cargos, nada autoriza a reabrirlo, ni siquiera la aparición de elementos nuevos que atestigüen la autoría»⁶⁴⁹.

Aunque el principio del *ne bis in idem*, a primera vista, puede parecer sencillo, sin embargo, los casos concretos en el que este se plantea suelen presentar problemas a la hora de su aplicación en lo que concierne, por ejemplo, a la definición del alcance del «*idem*», de «los mismos hechos» o del «mismo delito»⁶⁵⁰. Dicho principio, que ha sido calificado por el Tribunal de Justicia

⁶⁴⁸ En el considerando n. 17 de la Directiva 2014/41/CE, se afirma que «El principio *ne bis in idem* es un principio fundamental del Derecho de la Unión, como reconoce la Carta y desarrolla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, la autoridad de ejecución debe estar facultada para denegar la ejecución de la OEI si dicha ejecución fuera contraria al citado principio. Dado el carácter preliminar de los procedimientos subyacentes a la OEI, su ejecución no debe ser objeto de rechazo cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in idem*, o cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos».

⁶⁴⁹ Conclusiones del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 8 de junio de 2006, *Jean Leon van Straaten contra Staat der Nederlanden y República Italiana*, C-150/05, apartado 69.

⁶⁵⁰ Opinión del Abogado General N. Jääskinen, presentada el 2 de mayo de 2014, *Zoran Spasic*, cit.. El presente procedimiento tiene origen en un recurso contra la decisión de mantenimiento de los efectos de una orden de detención emitida por las autoridades alemanas contra el Sr. Spasic, nacional serbio, actualmente en prisión provisional en Alemania con fundamento en esa orden. El Sr. Spasic fue condenado por estafa en Italia, por los mismos hechos que son objeto de dicha orden.

como una «exigencia general de equidad»⁶⁵¹, fue inicialmente reconocido en el art. 54 CAAS, que somete su aplicabilidad a la condición de que «se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya» para «garantizar que la persona afectada sea efectivamente *castigada por la infracción al menos una vez*, o dicho de otra manera, *intenta evitar la impunidad*»⁶⁵².

La condición de ejecución *ex art. 54 CAAS* ha sido incorporada también a la Decisión marco sobre la euro-orden y está incluida entre los motivos de no ejecución obligatoria⁶⁵³. De tal forma, mediante la incorporación de dicha cláusula de ejecución, las personas condenadas a sanciones penales ya no pueden sustraerse como antes a su ejecución desplazándose a otros Estados sino que tienen que cumplir con la condena impuesta, en virtud de la eficacia transfronteriza de las resoluciones dictadas en los Estados miembros de la UE. Diversamente, se puede observar que en otros instrumentos de Derecho derivado como el art. 9 de la Decisión marco 2008/909/JAI, el principio *non bis in idem* está incluido entre los motivos de inejecución de una sentencia penal, aunque esté formulado sin dicha condición de ejecución. Probablemente en el momento en el que se adoptó la decisión marco sobre la euro-orden se consideró oportuno incluir dicha condición para superar el tradicional sistema de asistencia recíproca, en el que la ejecución de la sanción entre los Estados miembros resultaba difícil. Dicha exigencia no se advirtió en

⁶⁵¹ TJ, sentencia de 13 de febrero de 1969, *Wilhelm y otros*, C-14/68, apartado 11.

⁶⁵² Al respecto, vid. la Opinión del Abogado General N. Jääskinen, *Zoran Spasic*, cit., apartado 48, que reenvía a la sentencia de 10 de marzo de 2005, *Miraglia*, C-469/03, apartados 33 y 34 y a la sentencia de 18 de julio de 2007, *Kretzinger*, C-288/05, apartado 51.

⁶⁵³ En el art. 3 de la Decisión marco sobre la euro-orden se recogen entre los motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea, en presencia de los que la autoridad judicial denegará su ejecución el supuesto en que 2) «de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena» (n. 2 del artículo 3).

cambio en las medidas adoptadas posteriormente, en las que la ejecución transfronteriza de las sentencias y resoluciones judiciales se basa en el reconocimiento mutuo⁶⁵⁴.

2.4.2. Los efectos positivos

Por otra parte, en lo que concierne a los efectos positivos de la ejecución de las sentencias, hemos de considerar que reconocer una resolución significa cumplir lo que en ella se ordena, esto es ejecutarla en un Estado distinto del Estado de emisión, en particular, a los efectos de la individualización de la sanción. De tal forma, se pretende cumplir con exigencias de justicia sustancial, dando certeza y seguridad a las situaciones jurídicas con el fin, por un lado, de evitar la impunidad de los criminales y, por otra parte, de garantizarles que no volverán a ser enjuiciados por los mismos supuestos de hecho, elevando el principio del *ne bis in idem* al rango de derecho fundamental y reforzando los derechos del justiciable en su conjunto.

2.5. Aspectos procedimentales comunes a los actos de Derecho derivado

2.5.1. La transmisión de la orden o resolución

En lo que concierne a los aspectos procedimentales comunes del régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, ante todo, es oportuno poner de relieve que en la aplicación de este principio las órdenes o resoluciones judiciales dictadas por un Estado de emisión serán transmitidas a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución dentro del plazo previsto y cuando no concurra ningún otro motivo de denegación. Por lo tanto, el reconocimiento mutuo se lleva a cabo mediante la cooperación entre la autoridad judicial del Estado de emisión, es decir el Estado miembro en el que se haya dictado una sentencia y el Estado de ejecución, al cual se haya

⁶⁵⁴ En este sentido, vid. Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales [COM (2005) 696].

trasmitido una sentencia con vistas a su reconocimiento y ejecución o a la supervisión de la medida de vigilancia. Las autoridades judiciales serán designadas por los Estados miembros. Al respecto, se consideran instrumentos de reconocimiento mutuo las siguientes órdenes europeas o resoluciones emitidas por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en el mismo:

a) La orden europea de detención y entrega

b) La resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad

c) La resolución de libertad vigilada.

La ejecución tendrá por objeto una sentencia, es decir una resolución u orden firme de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión que impone una condena a una persona física o sobre una medida de vigilancia. El concepto de condena hace referencia a cualquier pena o medida privativa de libertad, de duración limitada o indeterminada, impuesta por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso penal y el concepto de «resolución sobre medidas de vigilancia» reenvía a una resolución ejecutiva adoptada en el transcurso de un proceso penal por una autoridad competente del Estado de emisión, con arreglo a su Derecho y procedimientos nacionales que imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia como alternativa a la prisión provisional.

La definición del concepto de decisión y sobre todo del adjetivo «firme», ha resultado de difícil solución. Según la Comisión, el concepto de resolución firme a los efectos de garantizar el principio del *ne bis in idem* debería abarcar todas las resoluciones que resuelvan sobre el fondo de un asunto penal y contra las que no cabe recurso ordinario o que, en caso de proceder, carece de efectos

suspensivos. Las sentencias deben tener un carácter definitivo, es decir deben ser irrevocables y no se pueden someter a impugnación y deberán adoptar una decisión sobre el fondo del asunto y no de carácter meramente procedimental.

Y por último, es importante subrayar que, de acuerdo con las Conclusiones al Consejo de Tampere, el principio del reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos (conclusión n. 36).

2.5.2. El formulario

Otro aspecto común a tales medidas concierne al uso de formularios⁶⁵⁵. A los efectos de facilitar y simplificar los procedimientos, la autoridad competente del Estado de emisión tendrá que cumplimentar el formulario o certificado obligatorio, que transmitirá a la autoridad competente del otro Estado miembro a través de cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan acreditar su autenticidad para que proceda a su ejecución.

El testimonio de la resolución judicial en la que se basa el certificado se remitirá obligatoriamente junto con este, salvo que se trate de una orden europea de detención y entrega, un exhorto europeo de obtención de prueba o de una orden europea de protección que se documentarán exclusivamente a través del formulario correspondiente. El original de la resolución o del certificado será remitido únicamente cuando así lo solicite la autoridad de ejecución.

⁶⁵⁵ Vid.: art. 8 Decisión marco 2002/584/JAI; art. 5 Directiva 2014/41/CE; art. 6 Decisión marco 2008/947/JAI; art. 10 Decisión marco 2009/829/JAI; art. 4 Decisión marco 2008/909/JAI.

Los modelos de los formularios y los certificados a través de los que se efectúan las comunicaciones entre autoridades judiciales en la Unión Europea figuran como anexos a cada una de tales medidas. Para que sean más comprensibles y fácilmente traducibles a partir del modelo traducido en cada lengua, tales formularios y certificados son idénticos en todos los países. Esto contribuye sin duda a dotar al sistema de mayor agilidad y seguridad jurídica y a facilitar el procedimiento de validación.

El certificado o el formulario tendrán que ser firmados por la autoridad judicial competente para dictar la resolución que se documenta y se traducirán a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro al que se dirija o, en su caso, a una lengua oficial de las instituciones comunitarias que hubiera aceptado dicho Estado. En el formulario o certificado, que contiene la resolución judicial, se deberá especificar si el delito en cuestión está comprendido en alguna de las categorías que eximen del control de doble tipificación de la conducta en el Estado de ejecución y si la pena prevista para el delito es, en abstracto, al menos de tres años de privación de libertad.

2.5.3. Motivos generales de denegación

Los actos de derecho derivado analizados, que instituyen mecanismos para dar operatividad al principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal, parten de la premisa de que la «realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión se basa en la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión y, en particular, de los Derechos fundamentales»⁶⁵⁶. Sin embargo, esta presunción tiene solo un carácter «*iuris tantum*». Esto significa que si la ejecución de uno de los instrumentos contemplados en tales actos podría vulnerar un derecho fundamental del interesado y el Estado de ejecución no cumpliera con sus

⁶⁵⁶ Considerando 19, Directiva 2014/41/CE.

obligaciones en materia de protección de los derechos fundamentales, su ejecución debería denegarse⁶⁵⁷.

No obstante para evitar que los Estados abusen de la posibilidad de denegar la ejecución de tales medidas más allá de los casos estrictamente necesarios y preestablecidos, los actos normativos adoptados en dicho ámbito han recogido un elenco de «motivos de denegación». La Decisión marco sobre la euro-orden, por ejemplo, contempla algunos supuestos en los que la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución deberá o podrá, según, denegar la ejecución de la orden de detención europea⁶⁵⁸ (respectivamente arts. 3, 4 y 4 bis) y también prevé la posibilidad de suspender su ejecución en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros (art. 6.1 TUE) de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales, constatada por el Consejo, de acuerdo con el procedimiento de alerta temprana *ex art. 7 TUE*.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 de la Decisión marco sobre la euro-orden, la no ejecución será obligatoria cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la amnistía en el Estado miembro de ejecución, en el caso de que este tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal; cuando en virtud del principio del *ne bis in idem* se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena; o cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en

⁶⁵⁷ En tal sentido vid. en modo especial el considerando n. 10 de la Directiva 2014/41/CE y también las observaciones sobre el respeto de los derechos fundamentales contenidas en el epígrafe 3.2.

⁶⁵⁸ La Decisión marco sobre la euro-orden regula los supuestos de no ejecución obligatoria en el artículo 3 y de no ejecución facultativa en los artículos 4 y 4 bis.

que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución.

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en todos los actos de derecho derivado, constituyen motivos generales en presencia de los que se puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo⁶⁵⁹, el respeto del principio del *ne bis in idem*⁶⁶⁰, en el caso de que la orden o resolución se refiere a hechos que en el Estado de ejecución ya estén prescritos, de acuerdo con su ordenamiento interno; cuando la orden o resolución se refiriese a hechos cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en el territorio del Estado de ejecución, cuando el formulario o el certificado esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no corresponda a la medida, cuando falte el certificado, y cuando exista una inmunidad. También la autoridad judicial del Estado de ejecución podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución cuando esta se haya impuesto por un supuesto delictivo distinto de los que suponen la supresión de la doble incriminación cuando no esté en éste tipificada y se trate de una resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias. La denegación del reconocimiento o de la ejecución de las medidas deberá adoptarse sin dilación y de forma motivada y se notificará inmediatamente a las autoridades judiciales del Estado de emisión.

En dicho marco también es oportuno recordar que la Decisión marco 2009/299/JAI, 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

⁶⁵⁹ Art. 4 Decisión marco 2002/584/JAI; art. 11 Decisión marco 2008/947/JAI; art. 15 Decisión marco 2009/829/JAI; art. 11 art. 11 de la Directiva 2014/41/CE.

⁶⁶⁰ En el caso de la euro-orden el respeto del *ne bis in idem*, según lo dispuesto en el art. 3 constituye un motivo de no ejecución obligatoria. Y entre los motivos de no ejecución facultativa en el punto 2 del art. 4 se dispone que: «cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea».

los derechos procesales de las personas y propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, ha procedido a definir los motivos de no reconocimiento en tales instrumentos. Según lo dispuesto en el Considerando n. 15 de esta medida, «Los motivos para el no reconocimiento son optativos. No obstante, la capacidad discrecional de los Estados miembros al incorporar dichos motivos a su Derecho interno se rige, en particular, por el derecho a un juicio equitativo, teniendo en cuenta al mismo tiempo el objetivo global de la presente Decisión Marco de reforzar los derechos procesales de las personas y de facilitar la cooperación judicial en materia penal».

En particular, el art. 4 bis de la Decisión marco sobre la euro-orden⁶⁶¹ prevé cuatro excepciones a la no ejecución facultativa, estableciendo que cuando la persona condenada en rebeldía tuvo conocimiento con suficiente antelación de la celebración prevista del juicio y fue informada de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera, la autoridad judicial de ejecución está obligada a proceder a la entrega de dicha persona, de modo que no puede subordinar esta entrega a la posibilidad de un nuevo proceso, con la presencia de esa persona, en el Estado miembro emisor.

Y por último, para garantizar los principios de confianza y de equivalencia, tales actos normativos prevén también mecanismos de adaptaciones en el caso de que la condena o las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas, por su duración o naturaleza, sean incompatible con la legislación del Estado de ejecución⁶⁶². Lo mismo suele ocurrir en el caso de las medidas de vigilancia y de las medidas de libertad vigilada, penas sustitutivas o periodo de libertad

⁶⁶¹ Al respecto, vid. las modificaciones aportadas por la Decisión marco 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009.

⁶⁶² Art. 8 de la Decisión sobre traslado de condenados; art. 9 de la Decisión sobre libertad vigilada y penas sustitutivas.

vigilada⁶⁶³. En forma parecida, también en el caso de la OEI, la autoridad de ejecución debe, siempre que sea posible, recurrir a otro tipo de medida de investigación si la medida requerida no existe con arreglo a su Derecho nacional o no sería aplicable en un caso interno similar, como por ejemplo en el caso de que la medida de investigación indicada existe con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución, pero solo es aplicable legalmente en determinadas situaciones, por ejemplo cuando la medida de investigación únicamente puede llevarse a cabo respecto de delitos de determinada gravedad, contra personas respecto de las cuales ya existe determinado nivel de sospecha, o con el consentimiento del interesado. La autoridad de ejecución puede recurrir a otro tipo de medida de investigación cuando esta pueda conseguir el mismo resultado que la medida de investigación indicada en la OEI, ingiriendo en menor medida en los derechos fundamentales del interesado⁶⁶⁴.

De este análisis sobre el principio del reconocimiento mutuo en materia penal, se puede observar la existencia de un sistema articulado, basado en criterios y principios comunes. Además los instrumentos, que le han dado concreción, a pesar de las dificultades en orden a su transposición y aplicación en los ordenamientos internos por las diferencias existentes entre los Estados miembros, han contribuido a la construcción de un derecho procesal europeo, caracterizado por un conjunto de garantías, que interesan tanto la fase pre-procesal como la fase procesal propiamente dicha. La efectividad de este sistema dependerá básicamente de dos elementos: por un lado, de la adopción por la Unión de un número siempre mayor de medidas que contribuyan a establecer un marco mínimo común, favoreciendo la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros y reforzando la confianza mutua entre los distintos sistemas de justicia. Por otra parte, los Estados deberán activarse para incorporar las medidas adoptadas por la UE a sus ordenamientos internos y las medidas de

⁶⁶³ Art. 13 de la Decisión sobre la orden europea de vigilancia.

⁶⁶⁴ Considerando n. 10 Directiva 2014/41/CE.

desarrollo necesarias, puesto que el correcto funcionamiento del principio del reconocimiento mutuo depende de la cooperación y colaboración de todos los Estados de la UE.

2.6. Los tribunales constitucionales en el control del principio de reconocimiento mutuo

2.6.1. El pronunciamiento del TC polaco

Entre los instrumentos adoptados en el marco del sistema europeo de cooperación judicial para favorecer la aplicación práctica y efectiva operatividad del principio del reconocimiento mutuo en materia penal, la euro-orden constituye uno de los elementos más emblemáticos y controvertidos de dicho sistema. Este instrumento ha planteado y sigue planteando importantes problemas en orden su implementación en los ordenamientos internos⁶⁶⁵, que

⁶⁶⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», *La Ley*, n. 4, 2004, pp. 1606-1615. DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en JIMENO BULNES, M. (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 67-93. ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006. Entre los estudios contenidos en este texto, vid.: ARROYO ZAPATERO, L., «A modo de presentación: venturas y desaventuras constitucionales de la orden de detención europea», pp. 11-20. DE KERCHOVE, G., «La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (1)», pp. 21-30. MIRANDA RODRIGUES, A., «La Orden de detención europea y el principio del reconocimiento mutuo II», pp. 31-38. CONDE PUMPIDO, C., «La orden de detención y entrega europea. La perspectiva española», pp. 39-48. MARTÍN PALLÍN, J. A., «La orden de detención europea desde el punto de vista de un magistrado del TS español», pp. 49-56. IRURZUN MONTORO, F., «El proceso de adaptación de la Decisión Marco en los 15 Estados Miembros», pp. 57-70. MORGAN, C., «La orden de detención europea y los derechos del detenido», pp. 307-318. ONDREJOVA, A., «El proceso de adaptación de la decisión marco en los nuevos Estados Miembros», pp. 71-80. DE KERCHOVE, G., «Dificultades de la determinación de la legislación aplicable en relación a la extradición y a la orden de detención y entrega. El Consejo de la Unión Europea, Islandia y Noruega», pp. 81-88. WEYEMBERG, A., «¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea?»,

han llevado a los tribunales constitucionales nacionales a evaluar la conformidad de tal instituto y del contenido de las leyes que lo han desarrollado a sus respectivas Constituciones. Del análisis de las posiciones adoptadas por los tribunales constitucionales nacionales, que se han pronunciado al respecto, se puede observar su actitud hacia el Derecho europeo y su recepción en los ordenamientos nacionales y el papel que estos pretenden asumir en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales. En este epígrafe se ha considerado interesante estudiar la posición adoptada por los tribunales constitucionales de Alemania, Polonia, República Checa, Chipre, del Tribunal de Arbitraje belga y también del TC español⁶⁶⁶. Este último, aunque no haya procedido a evaluar la constitucionalidad de la ley de transposición de la euroorden, ha tenido que resolver varios recursos de amparo en los que se lamentaba la vulneración de derechos fundamentales por la aplicación por parte de los jueces ordinarios de dicha ley.

La primera cuestión de constitucionalidad se planteó en Polonia, en enero de 2005, en relación con un asunto presentado por el Tribunal Regional de

pp. 89-98. MARTÍNEZ MADERO, D., «Ámbito de aplicación de la euroorden. Líneas de interpretación», pp. 99-120. JIMENO BULNES, M., «Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales», *RdPP*, 2008, n. 19, pp.13-32. CHIAVARIO, M., *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Utet Giuridica, Turín, 2013. MANACORDA, S., «Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 47, n. 3, 2004, pp. 789-845. DE AMICIS, G./IUZZOLINO, G., *Guida al mandato d'arresto europeo*, Giuffrè, Milán, 2008. DE AMICIS, G., «Il mandato d'arresto europeo: prassi e problemi applicativi», *www.europeanrights.eu*, 2008, pp. 1-88. KONSTADINIDES, T., «The Perils of the “Europeanisation” of Extradition Procedures in the EU: Mutuality, Fundamental Rights and Constitutional Guarantees», *MJECL*, vol. 14, n. 2, 2007, pp. 179-200. KOMÁREK, J., «European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of “contrapunctual principles”», *CMLR*, vol. 44, n. 1, 2007, pp. 9-40. MÖSTL, M., «Preconditions and limits of mutual recognition», *CMLR*, vol. 47, n. 2, 2010, pp. 405-436. BANTEKAS, I., «The principle of mutual recognition in EU criminal law», *E.L.R.*, vol. 32, n. 3, 2007, pp. 365-385.

⁶⁶⁶ Sobre la posición adoptada por algunos tribunales constitucionales desde una perspectiva comparada vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del Tercer Pilar», *Rev. derecho com. eur.*, año n. 14, n. 35, 2010, pp. 169-192. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega luces y sombras», *REDUE*, n. 10, 2006, pp. 179-200.

Gdansk concerniente a la entrega de una ciudadana polaca, para que fuera enjuiciada en el territorio de los Países Bajos. Del *reasoning* del TC polaco, se puede deducir perfectamente su actitud hacia el Derecho europeo y las obligaciones que conlleva la adhesión a la UE, así como hacia el respeto de los principios fundamentales de su propio ordenamiento interno, intentando encontrar una solución de síntesis al respecto. En su pronunciamiento, de 27 de abril de 2005⁶⁶⁷, el TC procede a declarar el artículo 607t, apartado 1, del Código procesal penal, aprobado por el Parlamento con ley de 18 de marzo de 2004⁶⁶⁸, contrario al artículo 55.1 C.⁶⁶⁹ de la Constitución, que prohíbe la extradición de ciudadanos polacos, por la imposibilidad de realizar una interpretación de esta disposición conforme a Constitución, y reafirma el derecho de los ciudadanos polacos a no ser enjuiciados por un tribunal extranjero. Este derecho, que, en su opinión, es absoluto, no puede ser sometido a limitaciones por ningún acto legislativo⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 27 de abril de 2005 (N. P 1/05). El texto de la sentencia en inglés puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_1_05_full_GB.pdf.

⁶⁶⁸ Sobre esta sentencia resultan de interés los siguientes comentarios: KOWALIK-BANCZYK, K, «Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law», *Ger. Law J.*, vol. 6, n. 10, 2006, pp. 1355-1366. LAZOVSKI, A., «Poland: Constitutional Tribunal on the Surrender of Polish Citizens under the European Arrest Warrant. Decision of 27 April 2005», *EuConst*, vol. 1, n. 3, 2005, pp 569-581. WYROUZUMSKA, A., «Some Comments on the Judgments of the Polish Constitutional Tribunal on the EU Accession Treaty and on the Implementation of the European Arrest Warrant», *PolishYIL*, vol. 27, 2004-2005, pp. 7-31. LECZYKIEWICZ, D., «Trybunał Konstytucyjny (Polish Constitutional Tribunal), Judgment of 27 April 2005, No. P 1/05», *CMLR*, vol. 43, n. 4, 2006, pp. 1181-1191. SAWIKI, J., «Incostituzionale ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca», www.associazionedeicostituzionalisti.it. SILEONI, S., «La Corte costituzionale polacca, il mandato d'arresto europeo e la sentenza sul Trattato di adesione all'UE», *Quad. cost.*, n. 3, 2005, pp. 894-896.1

⁶⁶⁹ Sentencia del TC Polaco de 27 de abril de 2005 (N. P 1/05), apartado 4.4.

⁶⁷⁰ Al respecto, el Tribunal constitucional polaco afirma que: «*As a consequence of the above findings concerning the meaning of the term "extradition" (see: section 3.1. of the justification of the present judgment) one has to assume that the prohibition of extradition formulated in Article 55 Paragraph 1 of the Constitution expresses the right of the citizen of the Republic of Poland to penal liability to a Polish court of law. His surrender on the basis of the EAW to another EU member state, however, would be an infringement of such substance. From this point of view it should be recognised that the prohibition of extradition*

El TC polaco procede con cautela y, tras intentar restablecer el equilibrio dentro de su propio ordenamiento, se preocupa por salvaguardar las relaciones con el ordenamiento europeo, afirmando la necesidad de modificar la legislación en materia, para que se asegure no solo una aplicación plena de la decisión marco sobre la euro-orden sino también su conformidad a la Constitución, de acuerdo con el art. 9 C.. Este artículo, según el cual «La República de Polonia observa el derecho internacional vinculante», incluye implícitamente también las obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE⁶⁷¹. A continuación, el TC procede a suspender temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, durante el periodo máximo de 180 días, establecido en el art. 190.3 C⁶⁷². De tal forma, se permitió mantener los efectos de la disposición declarada inconstitucional, prorrogándolos, a partir del 5 de mayo de 2005, el día en el que se dictó la sentencia. Por lo tanto, los jueces polacos pudieron seguir aplicando la decisión marco hasta el 7 de noviembre de 2006 cuando se procedió a modificar el artículo declarado inconstitucional.

2.6.2. El pronunciamiento del TC alemán

Justo después del TC polaco, se pronunció sobre un asunto parecido concerniente a una euro-orden emitida contra un ciudadano sirio-alemán el Tribunal Constitucional Federal alemán, que con sentencia 8 BvR 2236/04, de

of a Polish citizen, formulated in Article 55 Paragraph 1 of the Constitution, is of the absolute kind, and the subjective personal right of the citizens stemming from it cannot be subject to any limitations, as their introduction would make it impossible to exercise that right» (apartado 4.2 de la referida sentencia).

⁶⁷¹ Sentencia del TC Polaco de 27 de abril de 2005 (N. P 1/05), apartado 5.

⁶⁷² El art. 190.3 de la Constitución polaca establece que: «Las decisiones del Tribunal Constitucional surtirán efecto a partir del día de su publicación, pero el Tribunal Constitucional puede especificar otra fecha para el final de la vigencia de un acto normativo. Tal período no puede exceder de dieciocho meses si es una ley o doce meses si es otro acto normativo».

18 de julio de 2005⁶⁷³, procedió a anular la ley de transposición de la Decisión marco sobre la euro-orden. En términos parecidos al «caso polaco», se consideró dicha ley contraria al art. 16.2 de la Ley Fundamental junto a lo dispuesto en los arts. 19.4 y 10.2, en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la doble instancia.

El art. 16.2 C., revisado en 2000 (aunque en aquel momento no había sido todavía objeto de desarrollo legislativo) en el intento de adaptar el ordenamiento alemán a las exigencias impuestas por el proceso de integración europea, introdujo una excepción a la prohibición de extraditar a ciudadanos alemanes sin excepciones, admitiendo la entrega de una persona hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional, siempre y cuando se respetasen los principios fundamentales del Estado de Derecho⁶⁷⁴. Ahora bien, si se interpreta el art. 16.2 C. de la Ley Fundamental junto al principio de subsidiariedad recogido en el art. 23 C., que contiene la cláusula de apertura a la UE⁶⁷⁵, se deduce que cuando el supuesto delictivo en cuestión tenga un punto de conexión relevante con otro Estado, porque por ejemplo ha sido realizado total o parcialmente por un ciudadano alemán en el territorio de otro Estado miembro o ahí se ha producido el evento o en el supuesto de que la conducta delictiva se haya realizado en Alemania pero ha producido sus efectos en el territorio de otro

⁶⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/04).

⁶⁷⁴ Según el art. 16.2 de la Ley Fundamental alemana: «Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. No obstante, se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria a esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional en la medida en que se respeten los principios de derecho fundamental». Dicho artículo ha sido modificado el 29.11.2000.

⁶⁷⁵ Según el art. 23.1 de la Ley Fundamental alemana: «Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones».

Estado, será oportuno comprobar, mediante una comparación, el nivel de tutela ofrecido por los Estados interesados, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la necesidad y posibilidad del ejercicio efectivo de la acción penal y los intereses constitucionalmente tutelados en relación con las finalidades inherentes a la creación de un espacio jurídico europeo⁶⁷⁶.

Por todas estas razones, el Tribunal constitucional alemán llega a declarar la vulneración del art. 16.2 de la Ley Fundamental alemana, al no incluir la ley de transposición de la euro-orden las causas de denegación facultativa de la entrega, previstas en la Decisión marco, y afirma la violación del derecho al doble grado de jurisdicción, consagrado en el art. 19.4 de la C., por no haber previsto la facultad de recurrir ante otro órgano jurisdiccional la decisión sobre la entrega. Además, desde un punto de vista político, se observa que el TC reafirma el papel del legislador alemán de garante de los derechos fundamentales en todos los procedimientos de entrega y atribuye a la Constitución alemana y a su interpretación de la misma el valor de parámetro de control de la legalidad de la cooperación judicial en materia penal⁶⁷⁷. Y por último, su actitud demuestra la desconfianza del TC alemán en los demás sistemas de justicia penal así como en el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones en materia penal, que en cambio debería constituir la piedra angular de la cooperación judicial.

La declaración de nulidad absoluta del TC alemán no estuvo exenta de críticas –a partir de los votos particulares a la sentencia comentada–. Dicho

⁶⁷⁶ TOMUSCHAT, C., «Inconsistencies – The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant», *EuConst*, vol. 2, n. 2, 2006, pp 209-226. HINAREJOS PARGA, A., «Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), Decision of 18 July 2005 (2 BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law», *CMLR*, vol. 43, n. 2, pp. 583–595. BALBO, P., «I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte all’interpretazione del mandato d’arresto europeo», www.giurcost.org/studi/balbo.html. BAZZOCCHI, V., «Il mandato di arresto europeo e le Corti supreme nazionali», *Dir. Un. Eur.*, n. 3, 2007, pp. 661-690.

⁶⁷⁷ KOMÁREK, J., *op. cit.*. En el mismo sentido, vid. también: MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega luces y sombras», *cit.*, pp. 190-191.

pronunciamiento comportó la suspensión de la ejecución de todas las euro-órdenes dictadas, a la espera de que Alemania dictara una nueva ley, lo cual comportó una vulneración evidente del Derecho de la Unión y de las obligaciones contraídas al respecto por este país. Además es evidente que Alemania en lugar de declarar la nulidad de la ley, hubiera podido aplicar correctamente el principio de la interpretación conforme, reafirmado poco antes por el TJ en la sentencia *Pupino*, aprovechando sus potencialidades.

2.6.3. El pronunciamiento del Tribunal Supremo de Chipre

En la misma línea, también el Tribunal Supremo de Chipre, con sentencia n. 294/2005, de 7 de noviembre de 2005⁶⁷⁸, declaró la inconstitucionalidad de Ley 133(I)/2004 de implementación de la Decisión Marco, afirmando que el art. 11.2 de la Constitución no preveía el supuesto de la detención para la ejecución de una euro-orden y exhortó al Gobierno a proceder a la revisión constitucional, que se llevó a cabo con ley de 28 de julio de 2006. El Tribunal Supremo de Chipre es incluso más categórico que el Tribunal Constitucional Federal alemán, llegando a afirmar que las decisiones marco no son directamente aplicables y que la promulgación de una ley que es contraria al artículo 11 de la Constitución no puede perseguir el resultado que la Decisión marco sobre la euro-orden pretende alcanzar.

2.6.4. El pronunciamiento del TC de la República checa

En cambio, el Tribunal constitucional de la República checa⁶⁷⁹, con sentencia de 3 de mayo de 2006, asunto 66/04, desestimó el recurso de

⁶⁷⁸ *Decision of the Supreme Court of the Republic of Cyprus concerning the European Arrest Warrant, Council Document No. 14281/05 of 11-11-2005.*

⁶⁷⁹ *Decisión of the Czech Constitutional Court No. Pl. US 66/04, de 3-5-06.*

inconstitucionalidad contra la ley de trasposición de la Decisión marco, por permitir la entrega de nacionales y suprimir el control de la doble incriminación. El Tribunal constitucional de la República checa acudió al principio de la interpretación conforme de su Constitución y de los principios establecidos en la Carta de derechos fundamentales al Derecho de la UE, con el objeto de contribuir a la promoción del proceso de integración europea y al refuerzo de la cooperación entre las autoridades europeas y las autoridades de los Estados miembros, de acuerdo con el art. 1.2 C., con arreglo al cual la República checa deberá cumplir las obligaciones y vínculos que derivan del derecho internacional.

Según el Tribunal constitucional checo, el art. 14.4 C., que en principio establece que «Todos los ciudadanos son libres de entrar en el territorio de la República checa» y que «Ningún ciudadano puede ser obligado a dejar su país», a través de una interpretación dinámica y evolutiva no se ve perjudicado por lo dispuesto en la Decisión marco sobre la euro-orden, no afectando todo ello al deber de protección del Estado hacia sus ciudadanos. Por lo tanto, para que un ciudadano checo sea entregado a otro país es necesario que el Estado de emisión ante todo garantice el mismo nivel de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales asegurado por la República checa, pudiéndose por ejemplo denegar la ejecución de la orden en el supuesto en que se arriesgaría vulnerar el derecho del justiciable a un juicio equitativo⁶⁸⁰ o en el caso en el que este pudiera ser sometido a torturas u otra forma de tratos o penas inhumanas y degradantes⁶⁸¹. Por otra parte, un ciudadano checo entregado a otro Estado de la UE, para que sea sometido a un juicio penal, seguirá bajo la protección del Estado checo, incluso a lo largo de todo el procedimiento penal. En este sentido, una orden de detención europea permite la entrega temporal de un ciudadano para ser procesado en otro Estado miembro de la UE, por un acto definido

⁶⁸⁰ Art. 36 Carta de los derechos fundamentales de la República Checa.

⁶⁸¹ Art. 3 Carta de los derechos fundamentales de la República Checa.

específicamente, y no hay nada que impida a los ciudadanos de volver a su país una vez que el procedimiento penal haya terminado.

2.6.5. El reenvío prejudicial del Tribunal de Arbitraje belga

En cambio, el Tribunal de Arbitraje belga decidió acudir al Tribunal de Justicia para resolver las dudas acerca de la legitimidad del instituto de la orden de detención y entrega⁶⁸². Este último afirmó su conformidad en la sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld v. Leden van de Ministerraad*, con respecto al catálogo de infracciones penales que darán lugar a la entrega sin el control de la doble tipificación de los hechos, declarando que la Decisión marco no tiene por objeto armonizar las infracciones penales de que se trata en cuanto a sus elementos constitutivos o las penas correspondientes.

Por consiguiente, si bien es cierto que la Decisión marco suprime el control de la doble tipificación para determinadas categorías de infracciones, no lo es menos que la definición de estas infracciones y de las penas aplicables sigue siendo competencia del Derecho del Estado miembro emisor, que debe respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, entre otros, el principio de legalidad de los delitos y de las penas⁶⁸³. Por esto, ante todo, sería necesario determinar en cuáles ámbitos sería oportuno adoptar normas mínimas comunes capaces de asegurar la confianza mutua, considerada la base para la

⁶⁸² El reenvío prejudicial interpuesto por el Tribunal de Arbitraje belga se presentó en el marco de un recurso interpuesto por la asociación *Advocaten voor de Wereld VZW* ante el *Arbitragehof* con el fin de que se anulara la Ley belga de 19 de diciembre de 2003, relativa a la orden de detención europea la Ley de 19 de diciembre de 2003». Al respecto, vid.: SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. cit.*. POLLICINO, O., «Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato di Arresto europeo come modello di analisi», *EJLS*, vol. 2, n. 1, 2008, pp. 220-268. SARMIENTO-RAMÍREZ ESCUDERO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco», *REEI*, n. 10, 2005, pp. 1-32.

⁶⁸³ En este sentido, vid. Tribunal de Justicia, *Advocaten voor de Wereld*, cit., apartado 53.

concreción de este principio. Solo sucesivamente se podrá proceder a establecer tales normas. En este sentido, el Tribunal de Justicia era consciente de que la confianza mutua, de la que depende el principio del reconocimiento mutuo, no puede garantizar, por sí sola, que se alcancen los objetivos que persigue la cooperación policial y judicial en materia penal, sino que para garantizar plenamente la libre circulación en un contexto en el que existe considerable diversidad en la forma de enfocarse al Derecho penal, fuese necesario un cierto grado de armonización o aproximación de los Derechos penales nacionales.

2.6.6. El TC español

España fue el primer Estado de la UE que transpuso en su ordenamiento interno la Decisión marco sobre la euro-orden con Ley Orgánica 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, de 14 de marzo, solo ocho meses después de su adopción⁶⁸⁴, con el fin de favorecer la lucha al terrorismo. El TC español⁶⁸⁵ –como se ha observado antes– no ha procedido a enjuiciar la constitucionalidad abstracta de la Ley de transposición de la Decisión marco sobre la euro-orden, aunque se ha pronunciado sobre casos concretos concernientes a algunos aspectos específicos de este instituto.

En este sentido, el TC «no es el Juez de la extradición, sino el órgano de control, en materia de garantías constitucionales, del Juez de la extradición», puesto que no le «corresponde decidir si una extradición es o no procedente en un caso concreto» –siendo esta una tarea del Juez ordinario–. No obstante, en el ejercicio de «la función de salvaguarda de los derechos fundamentales de los

⁶⁸⁴ Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, BOE, n. 65, 17.03.2003, y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria a la anterior, BOE, n. 65, 17.03.2003. Italia, en cambio, fue el último Estado que procedió a la transposición de la euro-orden con *Legge 22 aprile 2005, n. 69, «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri»*, cit..

⁶⁸⁵ La primera sentencia del TC sobre un caso de extradición fue la sentencia 11/1983, de 21 de febrero.

ciudadanos», puede estimar en el ámbito de recursos de amparo contra resoluciones judiciales en las que se dispone la extradición de ciudadanos europeos, su «vulneración indirecta»⁶⁸⁶.

En virtud de dicha doctrina, se atribuye a los órganos españoles indirectamente la responsabilidad de la vulneración «de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana» «acceder a la extradición»⁶⁸⁷ a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa»⁶⁸⁸. En su proyección *ad extra*, según el TC, el contenido absoluto de un derecho fundamental comprende el ámbito irreductible, su esencia inherente a la dignidad humana, y no todas y cada una de las garantías que la Constitución otorga a ese derecho para su protección. En ese caso concreto se consideró que

⁶⁸⁶ La doctrina de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales se ha desarrollado a partir de la STC 91/2000, de 30 de marzo. Al respecto, vid. las siguientes sentencias del TC: 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3 y 351/2006, de 23 de julio, FJ 3. Sobre la jurisprudencia del TC al respecto, entre la amplia bibliografía disponible, vid.: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I./RIPOL CARULLA, S., «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Civitas. REDE*, n. 46, 2013, pp. 151-197. CEDEÑO HERNÁN, M., «Vulneración indirecta de Derechos Fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre», *RGDE*, n. 20, 2010, pp. 1-15. REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario a la STC 91/2000 y concordantes», *Teor. Real. Const.*, n. 5, 2000, pp. 289-335.

⁶⁸⁷ El art. 13 de la Constitución española consagra el principio de legalidad extradicional, disponiendo que: «La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo». El derecho a la extradición aunque no es susceptible de amparo está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales a los que se les otorga dicha protección, como el derecho a libertad y seguridad personal (art. 17.1 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y el derecho a la legalidad (art. 25.1 CE).

⁶⁸⁸ Vid. STC 91/2000 de 30 de marzo, FJ 14 in fine.

el derecho del acusado a estar presente en juicio oral fuese incluido en el «contenido absoluto» del derecho a la defensa. A partir de esta sentencia el TC procederá a anular un número relevante de extradiciones, emitidas en particular contra ciudadanos italianos que habían sido condenados penalmente en su país en rebeldía, sometiendo su operatividad a la condición de garantizarles que sean enjuiciados en un nuevo proceso.

Esta doctrina, que se ha desarrollado en relación con el instituto de la extradición se ha posteriormente aplicado también al instituto de la euro-orden, en las sentencias del TC 177/2006, de 5 de junio, y 199/2009, de 28 de septiembre de 2009. En la segunda, en particular, el TC, aunque haga referencia a la Decisión marco 2009/299/JAI, con la que se ha procedido a la modificación de los motivos facultativos de no ejecución en los procesos dictados en rebeldía establecidos en la Decisión marco sobre la euro-orden, considera que en esta sede no le corresponde pronunciarse sobre el alcance de dicha modificación introducida, siendo aún pendiente de incorporación al ordenamiento español, y que, por lo tanto, no resulta aplicable al presente supuesto, en el que la orden europea de detención y entrega fue expedida por Rumania bajo la vigencia de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 en su redacción inicial. Como se puede observar, la sentencia 199/2009 intenta no afrontar el problema concerniente a la definición del contenido absoluto del derecho de defensa y a su protección *ad extra* en relación a las condenas dictadas en rebeldía, aunque deja esta cuestión en cima de la mesa.

Este problema volvió a presentarse en términos muy parecidos justo dos años después en el caso *Melloni*, del que trajo causa el primer reenvío prejudicial del TC. En su pronunciamiento sobre dicho caso, el Tribunal de Justicia, consciente de la trascendencia de la cuestión llamado a resolver, ante todo, reitera la conformidad de la euro-orden a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo *ex art. 47* y de los

derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta. Según el TJUE aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH al respecto⁶⁸⁹, constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, este derecho no es absoluto⁶⁹⁰. 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. Más concretamente, no se produciría, según el TJUE, una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no haya comparecido en juicio pese a que fue citado en persona o informado oficialmente de la fecha y el lugar previstos para ése, bien, cuando, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, eligió ser representado por un letrado en lugar de comparecer en el juicio. Por otra parte, la autoridad judicial de ejecución está obligada a ejecutar la orden de detención europea, aunque el interesado tuviera derecho a un nuevo juicio, cuando esa orden de detención indique que el interesado no ha solicitado un nuevo juicio o bien que será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio. En concreto, en el caso *Melloni*, el TJUE estimó que no se vulneró el derecho del interesado a estar presente en el proceso penal, puesto que el interesado había sido representado en el curso de todos los trámites del procedimiento por sus abogados de confianza que él había designado, los cuales recibieron regularmente todas las notificaciones al respecto.

Después de un año de la sentencia *Melloni* del Tribunal de Justicia, el 13 de febrero de 2014, también el TC se pronuncia, con sentencia n. 26/2014⁶⁹¹, en la

⁶⁸⁹ TEDH, de 14 de junio de 2001, asunto *Medenica c. Suiza*, petición n. 20491/92, apartados 56 a 59; TEDH, *Sejdovic c. Italia*, cit., apartados 84, 86 y 98, y TEDH, sentencia de 24 de abril de 2012, asunto *Haralampiev c. Bulgaria*, petición n. 29648/03, apartados 32 y 33.

⁶⁹⁰ TJUE, sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, apartados 52 y 55.

⁶⁹¹ STC n. 26/2014, del 13 de febrero.

que, aunque con una cierta reticencia, como se puede observar del análisis del texto, se conforma a la decisión del primero. El TC, de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal de Justicia, procede a desestimar el recurso de amparo, interpuesto por el Sr. Melloni, afirmando que la condena penal impuesta con sentencia pronunciada en rebeldía no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la incomparecencia sea decidida voluntaria e inequívocamente por un acusado debidamente emplazado y que haya sido efectivamente defendido por un letrado designado⁶⁹².

De tal forma, el TC, modificando su jurisprudencia sobre el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, adopta un nuevo estándar de tutela, distinguiendo según que tal derecho fundamental tenga una relevancia *ad intra*, dentro de la jurisdicción española, o se proyecte *ad extra*, en relación con las posibles violaciones por parte de otras jurisdicciones. En el primer caso, los poderes públicos se encuentran vinculados a los derechos fundamentales como consagrados en la Constitución; en el segundo, en cambio, el contenido vinculante de los derechos fundamentales se reduce a las «exigencias» que, de acuerdo con el derecho de la UE, constituyen la esencia misma de un proceso con todas las garantías y el parámetro conforme al cual se puede controlar y evaluar la acción de los poderes públicos extranjeros, pudiendo llegar a determinar la inconstitucionalidad «indirecta» de la actuación de la jurisdicción española⁶⁹³. Tal parámetro ha de ser integrado por los tratados

⁶⁹² Sobre la sentencia *Melloni* del Tribunal Constitucional, son de interés las observaciones de: VIGANÒ, F., «Obblighi di adeguamento al diritto UE e “controlimiti”»: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni. Tribunal Constitucional de España, sent. 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni», *Dir. pen. cont.*, 9.03.2014. Según el autor: «*La Corte costituzionale spagnola si adegua ora - seppur, come diremo, senza ammetterlo chiaramente, e riservandosi comunque la possibilità di far valere ‘controlimiti’ in futuro - alla decisione dei giudici di Lussemburgo, almeno con riferimento al caso di specie che aveva dato luogo al rinvio pregiudiziale*». Sobre esta sentencia vid. también el siguiente comentario: MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Tribunal Constitucional -- Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Rev. derecho com. eur.*, año 18, n. 48, 2014, pp. 603-622.

⁶⁹³ STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8.

y acuerdos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas ratificados por España, en modo especial el CEDH y la Carta, que constituyen la base para la interpretación que sus órganos jurisdiccionales de garantía, es decir el TEDH y el TJUE, realizan del contenido esencial de los derechos reconocidos en tales instrumentos.

Por otra parte, aunque el TC haga referencia a la sentencia *Melloni* y adopte el nuevo estándar de protección del derecho a un proceso con todas las garantías elaborado en sede europea, del análisis de los fundamentos jurídicos de esta sentencia se deduce claramente su «implícita resistencia»⁶⁹⁴. Varios son los elementos de los que se deduce esta actitud. Ante todo, es interesante observar que el TC no considera, omitiéndolos o eludiéndolos intencionadamente, algunos de los aspectos fundamentales del pronunciamiento del Tribunal de Justicia. En su sentencia, el TC, por ejemplo, no considera los efectos que la decisión en el caso *Melloni* está destinada a producir en las relaciones entre la Constitución nacional y las Cartas de derechos, ni en las relaciones entre los tribunales constitucionales nacionales (en el caso concreto de que se trata el TC español) y el Tribunal de Justicia, de cuyo diálogo deriva un sistema jurisdiccional concurrente, que no pretende perjudicar la Constitución, sino garantizar la supremacía y la función de protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, se puede observar que el TC no hace referencia expresa a la lectura que el Tribunal de Justicia realiza del art. 53 de la Carta –y que representa el punto clave del nuevo sistema de protección de los derechos fundamentales– en el que se reafirma la primacía incondicionada del Derecho de la UE, en el marco del pluralismo que lo caracteriza. En cambio, se preocupa por

⁶⁹⁴ Al respecto, vid. el Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo n. 6922-2008, avogado al Pleno, concerniente al fundamento jurídico n. 3.

subrayar⁶⁹⁵, en un tono casi «amenazante» la importancia de los «contra-límites» (art. 4.2 TUE), es decir, de los límites impuestos por las Constituciones nacionales a las limitaciones de la soberanía nacional aceptadas en virtud de la adhesión a la UE y a las consiguientes obligaciones del ordenamiento nacional de conformarse al Derecho UE –aunque, luego, consciente de los efectos catastróficos que el uso de esta arma, la cual llevaría a la declaración de ilegitimidad constitucional de una norma europea, podría provocar en el proceso de integración– no los aplica al caso concreto.

Los contra-límites, en este sentido, sobre la base de una concepción material de la Constitución y de una jerarquía entre los valores tutelados por las cartas fundamentales, han sido elaborados por los jueces nacionales que han individuado un núcleo de normas, que, por su capacidad de encarnar los principios irrenunciables del ordenamiento constitucional, están destinadas a prevalecer sobre el «valor» de la integración europea, adquiriendo una fuerza de resistencia al derecho comunitario⁶⁹⁶. En el ordenamiento español, tales límites materiales a la integración, aunque no reconocidos expresamente en la Constitución, se deducen de la *ratio* del art. 93 C.⁶⁹⁷, que constituye la «cláusula de legitimación externa», necesaria para la conservación de la soberanía popular y de la supremacía de la Constitución⁶⁹⁸, que legitimaría al TC a aplicar el mayor

⁶⁹⁵ A este propósito el TC hace reenvío a la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional n. 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (*requerimiento 6603-2004, sobre constitucionalidad arts. I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma 29 Oct. 2004*).

⁶⁹⁶ VECCHIO, F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Turín, 2012. Sobre el punto, vid. p. XXIV.

⁶⁹⁷ El art. 93 C. española dispone que: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

⁶⁹⁸ En este sentido, en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2 se afirma que: «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto

estándar de protección por esta eventualmente garantizado en lugar de aquel establecido por el Derecho de la UE, cuando la situación controvertida esté comprendida en el ámbito de aplicación de este último. Sin embargo, en este caso, el TC parece olvidarse de que el Derecho de la Unión Europea tiene que asumirse y aceptarse como canon y parámetro de constitucionalidad, pudiendo llegar a limitar el alcance de los derechos fundamentales como consagrados en las Constituciones nacionales, cuando esto sea necesario para salvaguardar las exigencias fundamentales de la UE.

Por lo tanto, la solución adoptada por el TC en su pronunciamiento, aunque correcta, es criticable desde el punto de vista de los fundamentos jurídicos utilizados, de los que se deduce una actitud ambigua y casi contradictoria, que lo lleva, por un lado, a aceptar aparentemente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por otra parte, a poner reparos y eludir determinadas cuestiones, que constituyen en realidad la clave de lectura del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, ofreciendo una interpretación, que podría perjudicar sus valores fundamentales. Evidentemente, reafirmando en forma expresa tales principios, el TC quiere manifestar una cierta falta de confianza hacia la primacía incondicionada del Derecho de la UE⁶⁹⁹.

En definitiva, del análisis de algunos de los principales pronunciamientos de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros de la UE sobre

constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)».

⁶⁹⁹ En su Voto particular concurrente a la Sentencia dictada en el recurso de amparo n. 6922-2008, la Magistrada A. Asua Batarrita afirma que la sentencia debería haber prescindido integralmente del fundamento jurídico n. 3, del que se puede deducir sustancialmente que el TC se haya quedado insatisfecho de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia. Una confirmación de todo esto se puede encontrar en los tres párrafos seleccionados de la DTC n. 1/2004, los cuales subrayan los límites a la integración europea, reiterando por tres veces que la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada al respeto de los principios y de los valores fundamentales de la Constitución.

asuntos concernientes a la euro-orden, se observa la tendencia a poner de relieve su función de garante último de los derechos fundamentales y del orden constitucional interno. En ninguno de los casos examinados sobre los recursos planteados contra las leyes de transposición de la euro-orden, los tribunales constitucionales han procedido, antes de pronunciarse, a interponer una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, para que resolviera las dudas surgidas sobre el instituto de la euro-orden. Solo el Tribunal constitucional belga señala que las alegaciones formuladas contra la Ley de transposición de la euro-orden valen, en la misma medida, para la Decisión marco, puesto que en resumidas cuentas se iba a enjuiciar indirectamente a esta última. Además, correctamente, afirma que la intervención previa en tales supuestos del TJ permite evitar las diferencias interpretativas entre las instancias judiciales sobre la validez de los actos comunitarios y sobre la validez de la legislación por la que se adapta el Derecho interno a tales actos ponen en peligro la unidad del ordenamiento jurídico comunitario y vulneran el principio general de seguridad jurídica⁷⁰⁰.

En dicho marco el reenvío prejudicial planteado por el TC español en el caso *Melloni* asume sin duda un valor muy positivo a la hora de incentivar el «diálogo judicial europeo», representando «un ejemplo optimo de la forma en la que tiene que examinarse la coexistencia de los diferentes instrumentos de tutela de derechos fundamentales»⁷⁰¹. Por una parte, el reenvío prejudicial interpuesto por el TC español manifiesta la deferencia de esta institución hacia la UE; por otra, a través de la respuesta ofrecida a las tres cuestiones por este último planteadas, el Tribunal de Justicia intenta reiterar su papel de jurisdicción exclusiva y excluyente en la protección e interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión⁷⁰².

⁷⁰⁰ Tribunal de Justicia, *Advocaten voor de Wereld*, cit., apartado 14.

⁷⁰¹ Conclusiones del Abogado General Y. Bot, *Melloni*, cit., apartado 2.

⁷⁰² En tal sentido, vid. Voto particular concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo n. 6922-2008.

Sin embargo, aunque el Tribunal de Justicia haya asumido un papel de gran relevancia en el sistema de protección de los derechos fundamentales y en la definición del contenido esencial y del estándar mínimo de tutela del derecho a un proceso con todas las garantías, no hemos de olvidar las dificultades que presenta la solución de tales situaciones, por las incoherencias y las contradicciones ínsitas en el sistema. En tales situaciones el intérprete constitucional se encuentra ante un «laberinto de las fuentes», «en el cruce entre Cartas y Cortes», un laberinto derivado de los «actuales perfiles de las intersecciones entre derecho penal y las fuentes supranacionales»⁷⁰³, del que, sin embargo, el juez no «debe salir»..., «levantando velos embriagadores y demasiados audaces», como el «vuelo de Ícaro»; más bien, tiene que entrar «con la cautela de Teseo», acudiendo «a la ética del límite» y contando con un «hilo que pueda reconducir a la salida»⁷⁰⁴. Y aunque pueda parecer que «el juez, aun sin volar, deba, de todas formas, “salir” del laberinto», en realidad «debe quedarse y con los pies en la tierra», contribuyendo a la construcción de este sistema. Es la misma estructura concentrada y piramidal, caracterizada por un sistema abierto y plural, un sistema a red, que lo requiere. Tal planteamiento se enmarca en el modelo del cosmopolitismo jurídico, un modelo utópico de tutela jurisdiccional en el que el conocimiento de un determinado caso y la potestad de declarar el derecho para el caso concreto se remiten a un juez externo, supranacional.

⁷⁰³ MANES, V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., en particular pp. 40 y 41.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 41. Al respecto se reenvía también al comentario de SOTIS, C., al referido libro del Prof. Manes: «All’incrocio tra carte e corti: il ruolo del giudice nel “labirinto” delle fonti», *Cass. pen.*, vol. 53, n. 7-8, 2013, pp. 2562-2571.

II. La integración a través de directivas de mínimos

1. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PROCESALES A TRAVÉS DE LA ARMONIZACIÓN

1.1. El reconocimiento de derechos procesales entre asimilación, unificación y armonización

Con el Tratado de Lisboa los Estados miembros de la UE manifestaron en forma expresa la necesidad de «llevar a cabo una actuación a escala europea», mediante la adopción de procedimientos comunes y acciones específicas dirigidas a reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados. De tal forma, se pretendía reducir y progresivamente eliminar las diferencias entre los distintos sistemas judiciales y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión, armonizando las legislaciones procesales internas⁷⁰⁵.

Sin embargo, para la concreción de este objetivo, las instituciones de la UE necesitaban resolver algunas cuestiones preliminares: ante todo, era indispensable individualizar la técnica más eficaz y efectiva para favorecer la construcción de un marco común de protección de los derechos del justiciable y, luego, resolver el problema concerniente a la fuente normativa a adoptar, es decir el tipo de acto normativo más idóneo para alcanzar dicho objetivo, y al nivel de protección que dicho acto hubiera tenido que garantizar.

En lo que se refiere a la elección de la técnica más eficaz a través de la que proceder a la elaboración de estándares europeos, tras considerar las técnicas de la asimilación, de la unificación o estandarización y de la armonización, los Tratados constitutivos optaron finalmente por esta última. La técnica de la asimilación⁷⁰⁶, utilizada en el ámbito del derecho penal material, se consideraba

⁷⁰⁵ Vid. 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.

⁷⁰⁶ La técnica de la asimilación se ha aplicado por ejemplo en el caso del art. 194.1 del Tratado constitutivo de la CEEA, para garantizar la protección de secretos conocidos por

una técnica bastante limitada y limitante. Aunque atribuye a los Estados un genérico deber de protección de los bienes jurídicos de la UE, cuyas vulneraciones se sancionarán como las relativas a los nacionales, en virtud del reenvío de la norma europea al Derecho interno de los Estados miembros, sin embargo, no llega a determinar la armonización o aproximación de las legislaciones nacionales.

Por otra parte, aunque la estandarización o unificación tenga el ambicioso objetivo de alcanzar una legislación uniforme y homogénea en el ámbito procesal penal, no era recomendable en aquel momento, puesto que arriesgaba perjudicar, anulándolas, las especificidades de los distintos sistemas de justicia de los Estados miembros de la UE y sus identidades nacionales. Un intento de unificación del derecho penal se llevó a cabo con el «*Corpus iuris*»⁷⁰⁷, que

razón del cargo o de las relaciones entabladas con la Comunidad o en los arts. 27 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CE, 28 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA, 28 pfo. 4º del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CECA. Sobre esta técnica, vid. DE LA MATA BARRANCO, N., «Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente», *RECPC*, 02-04, 2000.

⁷⁰⁷ El *Corpus Iuris* constituye una propuesta para la unificación del Derecho penal, sustantivo y procesal, en el ámbito de la Protección de los intereses financieros de la UE. Dicho proyecto consta de dos partes: una parte se ocupa del derecho penal material (arts. 1-17), procediendo a la descripción de determinados supuestos típicos delictivos y de disposiciones relativas a la teoría general en relación con las infracciones y las penas aplicables, y de una parte más bien procesal en la que se sientan algunos principios fundamentales que tienen que regir el procedimiento (arts. 17-34). Desde el punto de vista procesal, el *Corpus iuris* aboga por la institución de una Fiscalía Europea, ampliamente descentralizada, compuesta por un Fiscal General y por Fiscales europeos, delegados por los Estados miembros. El Fiscal Europeo puede ejercer sus poderes de investigación, que son los mismos en todo el territorio de los Estados miembros. También se proponía el ejercicio del control judicial en la fase preliminar por parte de un juez independiente e imparcial, denominado «juez de las libertades», designado por cada Estado miembro entre sus autoridades jurisdiccionales. La competencia para juzgar los delitos contemplados en el *Corpus Iuris* correspondía a las jurisdicciones nacionales sobre la base del principio de territorialidad. Y en lo que concierne a los derechos de la defensa, el *Corpus iuris* establece algunos principios fundamentales de garantía judicial y en relación con el principio de contradicción. El Proyecto de instituir una Fiscalía Europea ha sido posteriormente reconsiderado en el Tratado de Lisboa, según el cual su institución se debería realizar a partir de Eurojust, mediante un reglamento (art. 86 TFUE) adoptado acudiendo al procedimiento legislativo especial, que requiere la unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento, o, en su caso, mediante el establecimiento de una cooperación reforzada, para

constituye la primera propuesta de unificación del derecho penal, sustantivo y procesal, en la UE. El *Corpus Iuris*, aunque consiguió reabrir e impulsar el debate en torno a la construcción de un derecho penal europeo, no llegó a tener concreción.

Dicho proyecto tenía que enfrentarse en aquel momento con varios obstáculos: desde la ausencia de una competencia expresa a nivel europeo para legislar en dicho ámbito, a la necesidad de que los Estados procedieran a revisiones profundas de sus sistemas internos, tanto de sus Constituciones, como de los Códigos penales y de las Leyes de enjuiciamiento criminal, con la inclusión de las normas concernientes a la organización judicial⁷⁰⁸, puesto que el *Corpus iuris* adoptaba un enfoque más bien acusatorio del procedimiento y no todos los Estados miembros habían estructurado sus sistemas procesales sobre la

combatir, eventualmente contando con la colaboración con Europol, las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la UE, descubriendo a los autores y cómplices de infracciones y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de un juicio contra ellos, ejerciendo ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones. Sobre el *Corpus iuris*, vid., DELMAS-MARTY, M./VERVAELE, J.A.E (eds.), «La aplicación del Corpus Iuris en los Estados miembros. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea», <http://ec.europa.eu/>, European Commission, OLAF, 2003, pp. 1-48. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corporus/corpus_juris_es.pdf. Con respecto a la institución de una Fiscalía Europea, vid. los siguientes documentos: COMISIÓN EUROPEA, «Proteger el dinero de los contribuyentes contra el fraude: la Comisión propone una Fiscalía Europea y refuerza las garantías procesales de la OLAF», Comunicado de prensa, Bruselas, 17 de julio de 2013, IP/13/709. PARISI, N., «La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale», *Studi int. eur.*, n. 1, 2013, pp. 47-69. GUTIÉRREZ ZARZA, M. A., «Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 72-84. ALVES COSTA, J.A., «La creación de la fiscalía europea», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 85-100. ESPINA RAMOS, J.A., «¿Hacia una fiscalía europea?», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 101-120. ALLEGREZZA, S./GRASSO, G./ILLUMINATI, G./SICURELLA, R. (coords.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Collana Pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo, Catania, 2013.

⁷⁰⁸ DELMAS-MARTY, M./VERVAELE, J.A.E (eds.), «La aplicación del Corpus Iuris en los Estados miembros. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea», cit., pp. 4 y 5.

base de dicho modelo. También tuvo una incidencia importante el carácter quizás demasiado prematuro de este ambicioso proyecto, que hubiera requerido una voluntad por parte de los Estados en aquel momento inexistente, estando estos todavía muy vinculados con una concepción autárquica del derecho penal.

En cambio, la técnica de la armonización tiende a reducir las distancias, alcanzando un cierto nivel de convergencia y adaptación de las legislaciones nacionales. Esto significa que dicha técnica no pretende anular las legislaciones de sus Estados miembros, solo pretende aproximarlas, sentando un marco mínimo común, que los Estados tendrán que respetar y atendiendo al cual deberán adaptar y conformar sus ordenamientos.

1.2. De la integración negativa a la integración positiva a través del Tribunal de Justicia

El establecimiento de un marco mínimo común se configura como un instrumento para alcanzar el objetivo político de la integración. En este sentido, como afirma KLIP⁷⁰⁹, la armonización implica diferencias, de lo contrario no habría nada que armonizar. Y mediante la armonización tales diferencias se reducen pero no se eliminan, como ocurre en el caso de la unificación.

El punto de partida para el desarrollo de la técnica de la armonización se halla en la presencia de dos niveles, el nivel de la UE y el nivel de los distintos Estados que la integran. Estos dos niveles están íntimamente imbricados y en tensión hacia la unidad y la convergencia del sistema, aunque el primero está destinado a prevalecer.

⁷⁰⁹ KLIP, A., *European integration and harmonization and criminal law*”, cit.. Según el autor: «*Harmonisation can be considered a legal means for achieving the political objective of integration. Harmonisation implies differences, otherwise there would be nothing to harmonise. Harmonisation is an attempt to diminish these differences, but its ultimate goal is not to eliminate them.4 Elimination of all differences is the goal of unification. At present, unification is not an issue in a criminal law context*» (p. 110).

La armonización se puede alcanzar mediante medidas de integración negativa o positiva⁷¹⁰. La armonización o integración negativa comporta la inaplicación de todas aquellas disposiciones normativas de los Estados miembros, con la inclusión de aquellos ámbitos reservados a su competencia, como el derecho penal, que podrían constituir un obstáculo para las «cuatro libertades fundamentales» del mercado interior: la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios o capitales. Este mecanismo intenta, por lo tanto, preservar el mercado interior en el marco de un espacio de justicia europeo, mediante el establecimiento de prohibiciones dirigidas a los poderes públicos.

En cambio, la armonización o integración positiva determina la asunción de competencias por parte de la UE, legitimándola a adoptar normas comunes para la regulación de un determinado sector con el objeto de asegurar la protección uniforme de los derechos fundamentales en el ámbito de su territorio, eliminando o al menos reduciendo las distancias entre sus Estados miembros. De tal forma, se pretenden eliminar aquellos obstáculos que podrían perjudicar su construcción.

Inicialmente la técnica de la armonización se adoptó conforme a una perspectiva funcional-teleológica. El mismo Tratado de Roma ya preveía en su art. 3, h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado interior, que constituye todavía uno de los objetivos fundamentales de la Unión. La norma de naturaleza programática, contenida dicho artículo, ha tenido su desarrollo en el art. 100 del Tratado CEE, convertido posteriormente en el art. 95, actualmente art. 114 TFUE, que hace referencia a la adopción de «las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros

⁷¹⁰ Sobre el concepto de armonización/integración positiva y negativa, vid. KLIP, A., *European Criminal Law. 2nd edition. An Integrative Approach*, cit.. Sobre esta cuestión, pp. 22 y ss.

que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior»⁷¹¹.

Sin embargo, en lo que concierne al ámbito penal, la cuestión se presentaba mucho más compleja, siendo concebido ese espacio competencia exclusiva de los Estados que no toleraba injerencias. Por eso la adopción de la técnica de la armonización fue gradual. En un primer momento se intentó transponer dicha técnica del ámbito civil al ámbito penal. En este proceso ha jugado un papel determinante el Tribunal de Justicia, cuya jurisprudencia ha facilitado la incorporación de dicha técnica en los Tratados comunitarios.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha permitido colmar la falta de un «diseño orgánico»⁷¹² y de un planteamiento claro y categórico⁷¹³ al respecto. El Tribunal de Justicia empezó a aplicar la técnica de la armonización-integración negativa al ámbito penal desde la sentencia *Casati*, afirmando que: «En principio, la legislación penal y las normas de enjuiciamiento criminal son competencia de los Estados miembros. No obstante, de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, también en este ámbito, el Derecho comunitario establece límites en relación con las medidas de control que este Derecho permite a los Estados miembros mantener en el marco de la libre circulación de mercancías y personas». Por lo tanto, «Las medidas administrativas o represivas no deben excederse de lo estrictamente necesario, las modalidades de control no deben concebirse de manera que se restrinja la libertad deseada por el Tratado y no deben tampoco llevar aparejada una sanción tan desproporcionada a la gravedad de la infracción que constituya un obstáculo a dicha libertad»⁷¹⁴.

⁷¹¹ Vid. también TJ, sentencia de 10 de diciembre de 2002, *Tobacco*, C-491/01.

⁷¹² MUNARI, F., «Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti», *Dir. Un. eur.*, vol. 18, n. 4, 2013, pp. 725-748. Sobre el punto, vid. p. 727.

⁷¹³ BACIGALUPO, E., *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 353.

⁷¹⁴ TJ, *Casati*, cit., apartado 27.

Poco después, en la sentencia del Tribunal de Justicia *Comisión/Grecia*, también denominada sentencia del *maíz griego*, de 21 de septiembre de 1989, empieza a aplicarse el concepto de integración positiva al ámbito penal, mediante la previsión de obligaciones y la extensión del principio de equivalencia también al ámbito penal⁷¹⁵. En esta sentencia se pone de manifiesto cómo las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros puedan perjudicar no solo la protección penal o sancionadora administrativa de los intereses financieros propios de la Comunidad, sino del buen funcionamiento del mercado interior en su conjunto. Los intereses comunitarios aunque no sean siempre coincidentes con los intereses nacionales, en virtud del principio de colaboración leal, exigen a los Estados miembros que sancionen a los autores de infracciones del Derecho comunitario del mismo modo que a los autores de infracciones del Derecho nacional. Por lo tanto, los Estados deberán incoar todos los procedimientos penales o disciplinarios previstos por la legislación interna contra los autores de tales infracciones y contra los que colaboraron en su realización y encubrimiento.

Esto significa que, aun cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, en virtud del principio de colaboración leal (arts. 4.3 del TUE/10 TCE), se exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, los Estados miembros, aun conservando la elección de las sanciones, deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción. Además, en relación

⁷¹⁵ TJ, *Comisión/Grecia*, cit., apartados 23 y ss.

con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales. Todo ello, sin embargo, no significaba declarar, ni explícita ni implícitamente que la Comunidad era competente para armonizar las normas penales aplicables en los Estados miembros, sino que, al contrario, se consideró que la elección de las sanciones corresponde a estos últimos.

Poco después, en la sentencia *Maurin*⁷¹⁶, a pesar de que el Tribunal de Justicia siguiera declarando su incompetencia para pronunciarse sobre la eventual vulneración por parte de normas internas de carácter procesal penal del derecho de defensa o del principio de contradicción, quedando estas fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sin embargo no la excluyó automáticamente con respecto a otros asuntos con relevancia penal que podrían entrar en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

La existencia aunque solo implícita de una competencia comunitaria en el ámbito penal fue deducida por el Tribunal de Justicia a partir de las cuestiones prejudiciales en materia de procedimientos administrativos sancionadores ante la Comisión. En tales pronunciamientos se puede observar que el Tribunal de Justicia ha utilizado dos técnicas: por un lado, ha afirmado su incompetencia a pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, asumiendo la posición de los Gobiernos partes en el procedimiento, pero, por otro lado, ha procedido a establecer algunos límites que los Estados tienen que respetar y dentro de los cuales tienen que ejercer su autonomía procesal penal. De ello, se puede también deducir que, ante el incumplimiento de dichos parámetros, el Tribunal de Justicia estaría entonces legitimado a intervenir y a pronunciarse por una violación del derecho comunitario hasta llegar a afirmar, como en la sentencia

⁷¹⁶ TJ, *Maurin*, cit..

*Enso Española S. A. contra Comisión*⁷¹⁷, la existencia de «garantías procesales europeas», reconociendo, de tal forma, un núcleo europeo mínimo común.

Sin embargo, solo en la sentencia dictada en el ámbito del asunto C-176/2003, cuya orientación ha sido confirmada por la posterior sentencia relativa al asunto C-440/05, se intenta definir el fundamento jurídico de la competencia en materia penal de la Comunidad y el reparto de competencias en dicho ámbito entre el primer y el tercer pilar. En el primer pronunciamiento, dictado a raíz de un recurso interpuesto por la Comisión con el respaldo del Parlamento Europeo, se procedió a anular la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente y en el segundo de la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, con el objetivo de reforzar la seguridad marítima mediante la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

El TJ, en dichas sentencias aun sin reconocer una competencia general en materia penal, puesto que «en principio, ni el Derecho penal ni el Derecho procesal penal forman parte de la competencia de la Comunidad», afirma, adoptando un enfoque funcional, que tales ámbitos no son, en absoluto, monopolio exclusivo de los Estados miembros en virtud del Tratado CE, distinguiendo entre una competencia penal de primer y de tercer pilar. En virtud de la competencia penal de primer pilar, aunque el TJ no defina su alcance, la Comunidad ostentaría una competencia implícita dotada de bases jurídicas específicas (por ejemplo el artículo 175 CE, con respecto al ámbito del medioambiente) que la legítima a adoptar medidas penales apropiadas, para obligar a los Estados a establecer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias cuando sean indispensables para combatir los graves atentados a determinados bienes, siempre y cuando lo considere un medio necesario para

⁷¹⁷ TJ, *Enso*, cit..

garantizar la plena efectividad de las normas comunitarias en sectores definidos⁷¹⁸. De tal forma, aunque no se considere el Derecho penal como una «política comunitaria autónoma», la Comunidad dispondría de una competencia accesoria que puede ejercer en caso de necesidad⁷¹⁹.

En estas dos sentencias el Tribunal de Justicia atribuye a la Comunidad competencia para intervenir en el ámbito penal también a través de los instrumentos de primer pilar como las directivas. Sin embargo, se intenta acotar el alcance de la armonización, utilizando interesantes parámetros. En la primera sentencia mencionada, el Tribunal de Justicia, a la hora de evaluar la oportunidad de una intervención desde el nivel de la UE, se limita a afirmar que la armonización de las normas penales es «legítima» solo cuando sea «necesaria» para dar actuación plena a las políticas comunitarias. En el caso concreto, el TJ considera legítima la intervención de la UE, considerando que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la política ambiental se enmarca en los objetivos principales de la UE.

Y en la segunda sentencia, el Tribunal de Justicia intenta acotar la intervención de la Unión en el ámbito penal a los ámbitos considerados «esenciales», afirmando la necesidad de considerar no solo el carácter esencial/transversal de la materia –en este caso se trataba de la seguridad de los transportes navales–, y la necesidad de la intervención (principio de subsidiariedad), sino también si esta es indispensable para tutelar penalmente dichos bienes desde el nivel europeos, en virtud de su carácter esencial y

⁷¹⁸ TJ, *Comisión/Consejo*, C-176/03, cit., apartados 47 y 48, y TJ, *Comisión/Consejo*, C-440/05, apartado 66.

⁷¹⁹ En tal sentido, vid. la posición de la Comisión en relación con la sentencia de 2007, en el documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de 13.9.2005 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo), COM (2005) 583 final - no publicada en el Diario Oficial).

también de la gravedad de los daños a prevenir (principio de proporcionalidad)⁷²⁰.

En cambio, la competencia de tercer pilar, cuyo objetivo es la armonización de las legislaciones penales nacionales, legitima expresamente a la UE a adoptar normas de carácter penal, sustantivo y procesal, en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal. A tales disposiciones de carácter horizontal no se les aplica en principio el derecho comunitario. Estamos ante una competencia accesoria e indirecta. Se trata de una competencia de carácter accesorio porque no afecta al «núcleo duro» de la política criminal europea, constituido por la lucha a la criminalidad transnacional organizada, sino que su objetivo es aproximar las respuestas de los Estados europeos a determinados fenómenos, que amenazan y abarcan el territorio de la UE en su conjunto. Por otra parte, dicha competencia tiene también un carácter «indirecto», puesto que las fuentes normativas con las que se habilitaba a la UE a intervenir en dicho ámbito (decisiones marco en la fase pre-Lisboa) son fuentes que requieren la

⁷²⁰ Al respecto, resultan muy interesantes las Conclusiones presentadas el 28 de junio de 2007 por el Abogado General Mazák, *Comisión c. Consejo*, C-440/05, apartados 104-106. Según el Abogado General, «La cuestión en este asunto no es la posible facultad de la Comunidad para establecer ella misma sanciones penales, sino la facultad de la Comunidad para obligar a los Estados miembros a tipificar determinadas conductas como infracciones penales *en sus respectivos sistemas de Derecho penal*, como un medio para hacer cumplir el ordenamiento jurídico comunitario. Por tanto, está claro que esto suscita cuestiones, no solo acerca de la coherencia interna del Derecho penal de la Unión, que la Comisión abordó acertadamente en su Comunicación sobre la sentencia dictada en el asunto C-176/03, sino también sobre la coherencia de cada sistema penal nacional» ... «Los Estados miembros ya mantienen en general ideas bastante diferentes acerca de la función y la finalidad del Derecho penal como un instrumento de coerción. Más concretamente, esas ideas divergentes se reflejan en diferencias entre los ordenamientos penales nacionales sobre el nivel general de las sanciones, sobre el equilibrio alcanzado entre las diversas clases de penas, y evidentemente sobre la clase y la gravedad de las sanciones tipificadas para las infracciones específicas. Cada código penal expresa una jerarquía especial de los intereses jurídicos que pretende proteger (la propiedad, la persona, el medio ambiente y otros), y en concordancia varían las sanciones. De esta forma, la determinación por el legislador comunitario de la clase y la gravedad de las sanciones que han de tipificarse –sobre la base de una competencia que es accesoria de las competencias específicas conferidas por el Tratado, y que (solo) permite en el plano sectorial la armonización parcial de las legislaciones penales nacionales podría conducir a una fragmentación y mermar la coherencia de los ordenamientos penales nacionales».

transposición e incorporación de su contenido a los distintos ordenamientos internos de los Estados de la UE, puesto que, en principio, no tienen efectos directos.

1.3. El reconocimiento expreso de la integración positiva: el art. 82 TFUE

Estos han constituido los primeros pasos que han llevado a la adopción de medidas de integración positiva en el ámbito procesal penal, reconocida antes en el art. 31, par. 1, TUE, y luego en el art. 82 TFUE. El primero, el art. 31, par. 1 TUE, adoptado en el ámbito del tercer pilar disponía que: «el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a través de la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal». Dicha aproximación se llevará a cabo mediante «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». Aunque el art. 31 TUE parezca referirse, a primera vista, más bien al ámbito penal sustantivo, su alcance se puede extender también al ámbito procesal, considerando a este último implícitamente incluido en la disposición mencionada por el carácter complementario al primero.

Por otra parte, en el proceso de armonización de los derechos procesales básicos no se puede soslayar la importancia de todos aquellos instrumentos que han impulsado el debate en dicho ámbito, favoreciendo su concreción: el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (2001), el Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en los procesos penales en la Unión Europea (2003), la Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea (2005), que representa el primer intento de establecer normas mínimas comunes

sobre determinados derechos procesales, aplicables en todo el territorio de la Unión Europea, y el Plan de trabajo sobre los derechos procesales, incorporado al Plan de Estocolmo (2009). Tales instrumentos han sido objeto de un análisis más detenido en el Capítulo II de este trabajo de investigación, al que se reenvía.

Y finalmente, en el Tratado de Lisboa se ha procedido a extender las fuentes típicas del antiguo primer pilar también al ámbito de la cooperación judicial en materia penal, como consecuencia de la supresión formal del tercer pilar, sustituyendo las decisiones marco por las directivas, que se han convertido en la fuente armonizadora de los derechos fundamentales del justiciable en la UE. El Tratado de Lisboa legitima en el art. 82.2 TFUE a la UE para armonizar, mediante «disposiciones mínimas comunes», «los derechos de las personas durante el procedimiento penal», bajo la forma de directivas, adoptadas por el Parlamento y el Consejo, atendiendo al procedimiento legislativo ordinario, desde la premisa de la interrelación existente entre el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en asuntos penales con dimensión transfronteriza.

Obsérvese que en este caso el Tratado de Lisboa especifica la forma del acto para la adopción de normas mínimas con el objeto de asegurar los derechos de las personas involucradas en un procedimiento penal; en cambio, dicho artículo, en su primer apartado, al referirse a la cooperación judicial en materia penal, se limita a adoptar el concepto más genérico de medidas. De ese modo, se pretendía garantizar que el pleno desarrollo de las libertades fundamentales comunitarias pudiera desenvolverse en el marco de una base común armonizada, que marcara las pautas para la convivencia entre los distintos ordenamientos de la UE hacia su convergencia.

Por todo esto, se puede afirmar que el art. 82 TFUE constituye la base legislativa que permite desarrollar los derechos fundamentales del justiciable, reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta. En particular, de lo dispuesto en el

primero se deduce que el establecimiento de normas mínimas mediante directivas es instrumental a garantizar el derecho a un juicio equitativo y, a la vez, a reforzar la confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia, dando concreción al principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, que constituye el pilar de la cooperación judicial en materia penal.

La armonización no se configuraría, por tanto, como un fin en sí mismo⁷²¹, más bien la adopción de estándares mínimos vinculantes en lo que concierne a los derechos fundamentales y garantías básicas de los justiciables deviene parte integrante, un elemento constitutivo del sistema europeo de cooperación judicial en materia penal y de su definición y de la delimitación de su alcance y contenido depende la construcción del EELSJ y la consolidación de una política criminal europea.

Mediante la posibilidad de adoptar actos de derecho derivado, el legislador europeo ha manifestado su intento de dar concreción al principio del reconocimiento mutuo también en el ámbito penal, regulando distintos sectores, que por sus peculiaridades son susceptibles de afectar de forma especial a los derechos fundamentales de las personas implicadas en un procedimiento penal y por consiguiente a la equidad del procedimiento. De ahí también deriva la tensión constante entre la necesidad de compatibilizar el principio del reconocimiento mutuo y la tutela de los derechos fundamentales, en particular los derechos en materia de justicia. Tales medidas pretenden regular las distintas fases del procedimiento penal, con la inclusión de los actos endo-procesales, a través de la OEI: el momento de la incoación de la acción penal, la ejecución del procedimiento y, en su caso, de la pena, facilitando la reinserción social del justiciable.

⁷²¹ VOGEL, J., «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal en materia de la Unión Europea», *RP*, n. 10, 2002, pp. 112-129.

Sin embargo, el art. 82 TFUE a primera vista parece considerar la armonización simplemente como un instrumento subsidiario a la efectiva operatividad del principio del reconocimiento mutuo, limitándose a reconocer la importancia de este último y la función casi auxiliar a este de la primera⁷²², sin definir ni delimitar tales categorías, aclarando su alcance, contenido y la función de estas dos técnicas de integración, cuya incidencia en la configuración del ELSJ es distinta. Por eso su formulación puede ser en parte criticable. En cambio, es muy importante considerar que el reconocimiento mutuo y la armonización normativa no son dos instrumentos alternativos sino complementarios y sucesivos⁷²³. El primero, que ha constituido desde su consagración en el Consejo de Tampere el principal mecanismo de cooperación judicial, opera en un plano estrictamente aplicativo-procesal; en cambio, la armonización opera en un plano sustantivo, tendente a la aproximación de las

⁷²² Parece que no haya distinciones desde el punto de vista jurídico entre los términos aproximación y armonización. El Tribunal de Justicia, por ejemplo, lo utiliza indistintamente en la sentencia de 6 de diciembre de 2005, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-66/04, apartados 45 y ss. En esta sentencia, el TJ destaca que: «mediante la expresión “medidas relativas a la aproximación”, que figura en el artículo 95 CE, los autores del Tratado han querido conferir al legislador comunitario, en función del contexto general y de las circunstancias específicas de la materia que deba armonizarse, un margen de apreciación en cuanto a la técnica de aproximación más adecuada para lograr el resultado deseado, en especial en los ámbitos que se caracterizan por particularidades técnicas complejas (apartado 45)». Y a continuación que: «Finalmente es necesario añadir que, cuando el legislador comunitario prevé una armonización caracterizada por varias etapas» «deben reunirse dos requisitos» (apartado 47): «el legislador comunitario está obligado a determinar, en el acto de base, los elementos esenciales de la medida de armonización de que se trate» y «el mecanismo de desarrollo de dichos elementos debe estar concebido de tal modo que su aplicación conduzca a una armonización en el sentido del artículo 95 CE. Así sucede cuando el legislador comunitario establece normas detalladas con arreglo a las cuales deban adoptarse las decisiones en cada fase de tal procedimiento de autorización, y determina y encuadra con precisión las facultades que corresponden a la Comisión como instancia a la que incumbe adoptar la decisión final. Éste es el caso cuando la armonización consiste en el establecimiento de una lista de productos autorizados para toda la Comunidad con exclusión de todos los demás productos» (apartados 48 y 49).

⁷²³ En tal sentido, vid. también VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interpretación y traducción», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 183-222. Sobre el punto, vid. p. 186.

legislaciones penales. Sin embargo, aunque distintos, tales principios están vinculados, en virtud del común presupuesto sustancial legitimador que los inspira y de la existencia de una conexión de carácter teleológico.

El común presupuesto legitimador de tales medidas y su premisa es que «los derechos procesales en los procesos penales son un elemento esencial para garantizar la confianza mutua entre los Estados miembros en la cooperación judicial»⁷²⁴. Por lo tanto, las relaciones entre estos, que se caracterizan por una especial confianza mutua en los sistemas jurídicos de los demás Estados miembros, deben permitir el reconocimiento, por parte del Estado de ejecución, de las resoluciones dictadas por las autoridades del Estado de emisión.

Además no se puede soslayar que ambos mecanismos están funcionalmente orientados a ofrecer a los ciudadanos de la UE (art. 3.2 TUE) un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de las personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia, basado en la cooperación judicial entre sus Estados miembros, que pueda garantizar la protección judicial de los derechos individuales de los particulares. En dicho espacio, los Estados miembros deben entender del mismo modo los elementos fundamentales de los conceptos de libertad, seguridad y justicia, los cuales deben inspirarse en los valores fundamentales de la libertad, de la democracia, del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y del Estado de Derecho (art. 2 TUE).

Y finalmente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se han empezado a adoptar las primeras directivas sobre derechos procesales, de acuerdo con lo previsto en el Plan de trabajo, con el fin de proporcionar al justiciable las garantías adecuadas⁷²⁵. La voluntad política de los Estados de la

⁷²⁴ Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, considerando n. 5.

⁷²⁵ En especial sobre este aspecto vid. el Considerando n. 5 de la Decisión marco 2008/909/JAI.

UE de avanzar en el camino hacia la creación de un verdadero espacio europeo de justicia ha tenido su primera concreción con la adopción, el 20 de octubre de 2010, de la primera de las medidas previstas en el Plan de trabajo: la Directiva sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales en la Unión Europea⁷²⁶, mediante la cual la Unión ha pretendido establecer normas mínimas en dicho ámbito⁷²⁷. La aprobación de la primera de estas medidas impulsó también la tramitación y posterior adopción del Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención (14 de junio de 2011)⁷²⁸, de la Directiva 2012/13/UE relativa al

⁷²⁶ 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.

⁷²⁷ En el proceso de construcción de un conjunto de garantías procesales comunes, también es interesante mencionar la Directiva 2008/115/CE 224 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Aunque la incidencia de esta medida se circunscriba al ámbito sancionar administrativo y afecte más bien a la política europea en materia de inmigración, es importante observar que recoge algunas garantías procesales fundamentales: el derecho de acceso a la jurisdicción y a la asistencia letrada, el derecho a la revisión de la legitimidad de la detención, el derecho a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que estas se revisen, ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia, pudiendo la autoridad o el órgano jurisdiccional suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional. También, los inmigrantes en situación irregular tendrán el derecho al asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística, que podrá ser gratuita, y el derecho, previa petición, a obtener una traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno, incluida información sobre las vías de recurso disponibles, en una lengua que el nacional de un tercer país comprenda o pueda suponerse razonablemente que comprende. Los Estados miembros facilitarán folletos informativos generales en los que se explicarán los principales elementos del formulario tipo en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los inmigrantes ilegales que llegan al Estado miembro de que se trate. Al respecto, vid. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348, 24.12.2008.

⁷²⁸ Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, 14.6.2011, cit.. Dicho documento, que se propone considerar «la interacción entre las condiciones de detención, los instrumentos de reconocimiento mutuo, como la orden de detención europea, y la detención preventiva», no será objeto de análisis en esta sede, por limitarse a ser un documento meramente programático, sin valor jurídico vinculante, aunque sin duda contribuirá a impulsar ulteriores acciones en dicho ámbito.

derecho a la información en los procesos penales⁷²⁹ (22 de mayo de 2012), y de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención (22 de octubre de 2013)⁷³⁰. Además actualmente se encuentran en fase de tramitación otras tres propuestas de Directiva, respectivamente: sobre el refuerzo de determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en los procesos penales; las garantías especiales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; y la asistencia jurídica gratuita provisional para los sospechosos o acusados privados de libertad, y la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea.

En palabras de la Vicepresidenta de la Comisión, Viviane Reding, Comisaria de Justicia de la UE, refiriéndose a la directiva sobre el derecho a interpretación y traducción, «La aprobación por primera vez de una ley sobre los derechos de un juicio imparcial para los ciudadanos marca un hito histórico» y constituye «un importante paso en la corrección del presente desequilibrio en Europa entre los derechos de la parte acusadora y los de la defensa, que deben mejorarse y reforzarse» y la institución de un modelo único de justicia en la Unión. La adopción aunque a pequeños pasos de tales medidas representa la señal tangible e inequívoca de que la UE ha tomado finalmente conciencia de la necesidad y de la oportunidad de llevar a cabo una acción legislativa desde un nivel de tutela supranacional, trascendente a los ordenamientos jurídicos

⁷²⁹ Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, cit..

⁷³⁰ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, cit.. Sobre el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado desde una perspectiva europea se recomiendan los siguientes estudios: ARANGÜENA FANEGO, C., «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 287-332. En la misma obra también se recomienda la lectura de: MUERZA ESPARZA, J. J., «Derechos de la defensa», pp. 149-169; y CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», cit..

nacionales en tiempos rápidos y mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación judicial eficientes, el refuerzo del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las legislaciones procesales de carácter penal en el ámbito europeo.

2. ELEMENTOS COMUNES A LAS DIRECTIVAS SOBRE DERECHOS PROCESALES

2.1. La aportación de las directivas frente al contenido de la Carta y del CEDH

Las Directivas sobre los derechos procesales, adoptadas en el marco del art. 82.2 TFUE, demuestran que la UE ha tomado finalmente conciencia de que en los procesos penales las partes deben encontrarse en condición de igualdad sustancial y la parte acusada puede defenderse solo si puede contar con la asistencia de un abogado y si conoce cuáles son sus derechos procesales, si realmente comprende los cargos que se le imputan y la dinámica del proceso y si puede expresar su propio punto de vista ante un juez tercero e imparcial, en el propio idioma o en un idioma del que tenga un cierto dominio, contando, en su caso, con la asistencia de un intérprete o de un traductor, competente y cualificado⁷³¹. De tal forma, una persona involucrada en un procedimiento penal podrá «participar efectivamente» en el mismo, explicando su versión de los acontecimientos, manifestando, en su caso, su desacuerdo e informando a su abogado de cualquier hecho que deba ser presentado en su defensa.

⁷³¹ SANZ HERMIDA, A. M^a., «Publicada la nueva Directiva sobre los derechos de interpretación y traducción en los procesos penales», *RGDPPr*, n. 23, 2010, 2 pp. ARANGÜENA FANEGO, C., «El derecho a la interpretación y a la traducción. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010», *RGDE*, n. 24, 2011, 22 pp. VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interpretación y traducción», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, últimos avances en cooperación judicial penal*, cit., pp. 183-222. JIMENO BULNES, M., «Acceso a la interpretación y traducción gratuitas», en ARANGÜENA FANEGO, C., *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea...*, cit., pp.155-183. PARDO IRANZO, V., «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit..

Los derechos procesales reconocidos en tales medidas son complementarios e inseparables en la garantía de un juicio justo, pudiendo su vulneración perjudicar también otros derechos de carácter procesal y afectar al derecho a la tutela judicial efectiva en su conjunto. Además, mediante la aproximación de las normas sustantivas de procedimiento de los Estados miembros en lo que se refiere a los ámbitos regulados por tales medidas, se pretende contribuir a reforzar la confianza en los sistemas judiciales penales y a consolidar el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en el que los derechos fundamentales sean asegurados de forma concreta y real y no simplemente teórica o ilusoria.

Del análisis de tales medidas se puede constatar la existencia de un patrón común en lo que concierne a la ratio inspiradora, a los objetivos a alcanzar, al marco jurídico de referencia, al nivel de protección que estas pretenden garantizar, a las excepciones, a los límites y al ámbito de aplicación. Respecto del primer aspecto, el marco jurídico común de referencia para estas medidas se puede individualizar en los arts. 47 y 48 de la Carta y en el art. 6 del CEDH, que reconocen el derecho a un juicio equitativo y los derechos de la defensa, y en los arts. 6 de la Carta y 5 del CEDH, que enuncian el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas.

Tales disposiciones constituyen la base sustantivo-constitucional de los derechos procesales reconocidos en las directivas europeas y el artículo 82, apartado 2, párrafo segundo, letra b) del TFUE, que hace referencia a «los derechos de las personas durante el proceso penal» entre los ámbitos en los que pueden establecerse normas mínimas, sería su base jurídica de desarrollo, la fuente para su regulación, la cual permite especificar su contenido.

La adopción de dichas normas bajo la forma de directivas les permite penetrar en los ordenamientos internos de los Estados Miembros, que deberán proceder a su transposición, incorporándolas e adaptándolas a su

especificidades, «acercando» sus disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas. De tal forma, se hacen más efectivos los vínculos en el ámbito del derecho procesal penal, la colaboración y la cooperación entre el nivel comunitario y los distintos ordenamientos nacionales que integran la UE, dando el impulso necesario para avanzar en el proceso de integración europea⁷³².

Y por último, en relación con el nivel de protección garantizado, del análisis de las tres Directivas sobre los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales en la UE, se puede observar que estas medidas vuelven a confirmar los derechos mínimos y las obligaciones de los Estados miembros, incorporando los estándares ya previstos en el CEDH y en la Carta, que representan sus puntos de partida y referentes constantes, con el objeto de salvaguardar la equidad de los procedimientos penales, desde el primer momento y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa, siendo este «un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros».

Además, atendiendo a una perspectiva multinivel de protección de los derechos fundamentales, se observa que las presentes Directivas contienen una «clausula de no regresión»⁷³³, mediante la que se pretende asegurar la aplicación práctica de tales derechos procesales, garantizando una protección plena y equivalente del derecho de defensa y salvaguardando debidamente el derecho a un juicio justo. En virtud de dicha cláusula, ninguna de las disposiciones

⁷³² TROCKER, N., «Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l’opera della Corte di giustizia», *Europa e dir. priv.*, n. 2, 2010, pp. 361-412. Al respecto, el autor afirma que: «*Ideate come strumento di legislazione indiretta o “a due stadi”, mediante la quale si vuole attivare una collaborazione tra il livello comunitario e quello nazionale nella costruzione dell’ordine europeo, le direttive vengono attratte nell’area del «direttamente applicabile» - anche sulla scia della tendenza a dotarle di contenuti normativi sempre più precisi - attraverso l’utilizzazione, da parte della Corte, delle medesime categorie logico-giuridiche impiegate per le disposizioni del Trattato: il carattere incondizionato dell’obbligo gravante sullo Stato, la sua trasformazione in diritto soggettivo dei singoli, la tutelabilità di questi dinanzi alle giurisdizioni nazionali*» (pp. 370-371).

⁷³³ Al respecto, vid.: art. 8 Directiva derecho a un intérprete y traductor; art. 10 Derecho a la información; art. 14 Directiva de acceso a un abogado.

contenidas en estas directivas se interpretará en el sentido de que limite cualquier derecho o garantía procesal que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH y del PIDCP, tal y como se interpretan en la jurisprudencia del TEDH o del Tribunal de Justicia Europeo 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. Tampoco cabrá una interpretación que constituya una excepción a dichos derechos y garantías procesales. Además, los Estados miembros deben tener la posibilidad de ampliar los derechos establecidos en estas medidas para proporcionar un mayor nivel de protección también en situaciones no explícitamente contempladas.

La adopción de tales medidas representa la manifestación tangible de la toma de conciencia por parte de los Estados miembros de la UE de que el establecimiento de normas mínimas comunes no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros, porque hay diferencias muy significativas en la regulación de los derechos de la defensa en los distintos Estados de la UE, y que, debido a las dimensiones y los efectos de la acción pretendida, requiere la intervención de la Unión, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. De ahí, se ha considerado que la mejor forma de aproximar tal ámbito y quizás la única fuera a través de una legislación de mínimos. En este sentido, la Unión está en mejor posición de conseguir el objetivo pretendido que los Estados miembros individualmente. Además, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tales medidas no van más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos.

Por todo lo expuesto, las normas mínimas comunes adoptadas mediante tales directivas no suponen un «retroceso», ni una pérdida de autonomía por parte de los Estados miembros; solo imponen el respeto de un estándar mínimo, que los Estados a su discreción podrán elevar con el objeto de asegurar una mayor protección jurisdiccional de los ciudadanos de la UE. Y es más, del análisis de tales medidas se puede observar que las Directivas europeas van más

allá tanto del nivel de protección establecido en la Carta como del nivel fijado en el CEDH, desarrollando lo dispuesto en tales textos. Tales directivas contemplan algunos derechos, como el derecho a un traductor, el derecho a ser informado de los propios derechos procesales, el cual incluye también el derecho de acceso al expediente, y el derecho a gozar de protección contra la autoinculpación y tener derecho a guardar silencio⁷³⁴, cuyo carácter fundamental antes había sido afirmado solo por el TEDH y recientemente también por el TJUE⁷³⁵. Tales órganos jurisdiccionales, con sus pronunciamientos, han contribuido a elaborar estándares mínimos comunes en dicho ámbito, definiendo y especificando el contenido esencial de tales derechos⁷³⁶.

⁷³⁴ Considerando 21 y art. 2.3 Directiva 2013/48/UE.

⁷³⁵ Vid. Conclusiones del Abogado General E. Sharpston presentadas el 18 de julio de 2013, *Marián Baláž*, C-60/12. En dichas Conclusiones se hace hincapié en que las Directivas en materia de derechos procesales «están pensadas para ser aplicadas a procedimientos ante un “tribunal con competencia en materia penal” que conozca de recursos frente a resoluciones adoptadas por una autoridad que no sea un órgano jurisdiccional en relación con sanciones por infracciones menores» (decimosexto considerando en la exposición de motivos de la Directiva 2010/64 y el decimoséptimo considerando en la exposición de motivos de la Directiva 2012/13). Por tanto, cuando haya transcurrido el plazo de transposición de dichas Directivas (27 de octubre de 2013 y 2 de junio de 2014, respectivamente), un órgano jurisdiccional con competencia, en particular, en asuntos penales, en el sentido del artículo 1, letra a), inciso iii), deberá aplicar los estándares mínimos comunes establecidos por dichas Directivas cuando ejercite su jurisdicción penal al examinar el recurso interpuesto contra una sanción administrativa. Por consiguiente, la Abogada General propone que el Tribunal de Justicia responda a la segunda cuestión prejudicial, letra a) declarando que el artículo 1, letra a), inciso iii), de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que un «órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales» es un órgano jurisdiccional ante el cual el interesado deberá disfrutar de los derechos garantizados por el artículo 6, apartados 1, 2 y 3, del CEDH cuando se juzgue el asunto.

⁷³⁶ Sobre el derecho de acceso al expediente, vid. TEDH, sentencia de 6 de marzo de 2012, asunto *Leas c. Estonia*, petición n. 59577/2008, apartado 80; TEDH, sentencia de 18 de marzo de 1997, asunto *Foucher c. Francia*, apartados 26-38; TEDH, sentencia de 13 de febrero de 2001, asunto *Schöps c. Alemania*, petición n. 251164/94, apartados 41-42; TEDH, sentencia de 9 de julio de 2009, asunto *Mooren c. Alemania*, petición n. 11364/03, apartados 121-124. Y con respecto a la jurisprudencia del TJUE son de interés las siguientes sentencias: Tribunal de Primera Instancia, sentencia de 13 de enero de 2004, *JCB Service c. Comisión*, asunto T-67/01, apartado 64. En la referida sentencia, el Tribunal de Primera Instancia afirma: «El acceso al expediente forma parte de las garantías procesales dirigidas a proteger el derecho de defensa. La violación del derecho de acceso al expediente en poder de la Comisión durante el procedimiento previo a la adopción de una decisión en materia de competencia puede dar lugar, en principio, a la anulación de dicha decisión cuando se haya vulnerado el derecho de defensa de la empresa afectada. En tal supuesto, la violación producida no queda

Entre las aportaciones más interesantes, que contribuirán a consolidar y dar concreción a un espacio europeo de justicia penal, es importante mencionar la previsión en la Directiva sobre derecho a ser informado de la «Carta de Derechos»⁷³⁷, que constituye una de las principales aportaciones en este ámbito, puesto que sentará las bases para una regulación uniforme del derecho a la tutela

subsanada por el mero hecho de que el acceso a los documentos haya sido posible en una fase ulterior, en particular durante el procedimiento jurisdiccional relativo a un recurso que tenga por objeto la anulación de esta Decisión. Cuando el acceso se garantiza en esta fase, la empresa de que se trate no debe demostrar que si hubiera tenido acceso a las respuestas que los demás productores dieron a los pliegos de cargos la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que habría podido utilizar dichos documentos para su defensa». Y en la Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012, *Telefónica, SA y Telefónica de España, SA contra Comisión Europea*, T-336/07, apartados 77 y 78, se afirma que: «El derecho de acceso al expediente, corolario del principio de respeto del derecho de defensa, implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Ello comprende tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales. La falta de comunicación de un documento solo constituye una vulneración del derecho de defensa cuando la empresa afectada demuestre, por una parte, que la Comisión se basó en dicho documento para fundamentar su imputación relativa a la existencia de una infracción y, por otra, que dicha imputación únicamente puede acreditarse mediante el citado documento».

⁷³⁷ Con respecto al derecho a ser informado y a la importancia de la «Carta de Derechos», se reenvía a los siguientes estudios: ALLEGREZZA, S., «Los aspectos formales de la Carta de Derechos», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea..*», cit., pp. 367-374. ILLUMINATI, G., «La Carta de Derechos: la débil aproximación garantista al derecho procesal penal europeo», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea...*, cit., pp. 361-366. PASCUAL SERRATS, R., «El derecho a ser informado de la acusación (una aproximación al mismo a través de la jurisprudencia del TEDH)», en CALDERÓN CUADRADO, M^a.P./IGLESIAS, J.L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, cit., pp. 239-254. PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El derecho a ser informado(a) de la acusación (art. 6.3.a) CEDH», en GARCÍA ROCA, F.J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 479-493. SOMMOVIGO, F., «Contenido mínimo y estructura de la Carta de Derechos», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea...*, cit., pp. 381-387. SPRONKEN, T., *EU-wide Letter of Rights in criminal proceedings: towards best practice*, cit.. SRONKEN, T./VERMEULEN, G./DE VOCHT, D./VAN PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, cit.. VALENTINI, E., «Los “otros derechos” y la contestación del hecho», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea..*, cit., pp. 375-380. 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», *RGDPr*, n. 30, 2013, pp. 1-21. CRAS, S./DE MATTEIS, L., «The Directive on the Right to Information. Genesis and Short Description», *Eucrim*, n. 1, 2013, pp. 22-33.

judicial efectiva en la UE y permitirá evitar los errores judiciales y reducir el número de los recursos.

La Carta de Derechos, en palabras de la profesora SPRONKEN, se define como «la información escrita de los derechos procesales de los sospechosos en una forma estandarizada»⁷³⁸, recogida en un documento simple y accesible, en un modelo estándar, que deberá ser entregado a las personas involucradas en un procedimiento penal desde las primeras fases de la investigación. Dicho documento tiene una doble función: como «contenedor de derechos» y «derecho por sí misma»⁷³⁹. De ahí, la importancia de la Directiva europea sobre el derecho a la información en los procesos penales, mediante la cual se ha procedido a definir su «contenido» y el «momento» de su entrega y notificación, es decir a partir del que al justiciable le corresponderían los derechos ahí establecidos⁷⁴⁰.

⁷³⁸ SPRONKEN, T., *EU-wide Letter of Rights in criminal proceedings: towards best practice*, cit., pp. 13-14. Según la autora: «*The Letter of Rights is no legal concept as such and the first step in the research was to define a provisional working definition in order to be able to conduct purposeful research into the practice of the Member States*»... «*For the purpose of exploring existing practice in Member States in this research the Letter of Rights was understood to mean: written information of the suspect's procedural rights in a standardized form that is handed over to the suspect in the course of the criminal investigation or proceedings prior to an investigative act or hearing. The purpose was to use a broad definition because it might be that written information that is given to the suspect is not called a Letter of Rights*».

⁷³⁹ ALLEGREZZA, S., «Los aspectos formales de la Carta de Derechos», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea...*, cit., p. 371.

⁷⁴⁰ Atendiendo a lo dispuesto en la referida Directiva, toda persona sospechosa o acusada deberá recibir rápidamente una «declaración escrita de derechos» (art. 4), que además de los derechos recogidos en el art. 3, es decir a) el derecho a tener acceso a un abogado; b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla; c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el artículo 6; d) el derecho a interpretación y traducción; e) el derecho a permanecer en silencio, contendrá información sobre los siguientes derechos (art. 4.2): a) el derecho de acceso a los materiales del expediente; b) el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona; c) el derecho de acceso a atención médica urgente; d) el derecho a ser informada sobre el número máximo de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial. La declaración de derechos contendrá también información sobre las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnar la legalidad de la detención y de obtener su revisión o de solicitar la libertad provisional (art. 4.3). Y con el objeto de garantizar la efectividad de la declaración de derechos, permitiendo a las personas sospechosas o acusadas entender cuáles son sus derechos, dicho documento

Y por último, al respecto, es también interesante observar que recientemente la *Staatsanwaltschaft Traunstein* [Fiscalía de Traunstein] ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en relación con la Directiva 2010/64/UE sobre derecho a un intérprete y traductor y la Directiva 2012/13/EU, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁷⁴¹. Es la primera cuestión prejudicial que se ha planteado sobre tales directivas desde su adopción y el pronunciamiento del Tribunal de Justicia al respecto marcará sin duda un paso adelante en la definición del contenido esencial de tales derechos, impulsando su armonización.

deberá ser entregado en una lengua que estas comprendan (art. 4.5) y las autoridades deberán utilizar un lenguaje simple para que sea accesible también a las personas que no tengan conocimientos jurídicos (art. 4.4). De tal forma, se podrá discutir la legalidad de la detención y se evitará que una persona que desconozca la lengua utilizada pueda encontrarse en la práctica en una situación desfavorable si no se le entrega también una traducción escrita de la declaración de derechos en un idioma que comprenda. Asimismo, para ayudar a los Estados miembros en su elaboración y promover la coherencia de la información en toda la Unión Europea, la Directiva referida recoge dos anexos: en el anexo I de la Directiva figura un modelo indicativo de la declaración de derechos, que se proporcionará a los sospechosos o acusados en el momento de la detención o privación de libertad (art. 4.4), y en el anexo II se encuentra un modelo indicativo de la declaración de derechos para las personas detenidas en aplicación de una orden de detención europea (art. 5). Ambos modelos indicativos de la declaración de derechos son disponibles en veintidós lenguas oficiales de la UE y su contenido se entiende sin perjuicio de los derechos en vigor actualmente en los Estados miembros. Además, las autoridades competentes pueden modificar este modelo a fin de armonizarlo con las normas nacionales aplicables, añadiendo toda la información que consideren oportuna.

⁷⁴¹ Vid. Petición de decisión prejudicial planteada por el *Amtsgericht Laufen* (Alemania) el 30 de abril de 2014 — Proceso penal contra Gavril Covaci (Asunto C-216/14). Al respecto, se han planteado las siguientes cuestiones: 1) ¿Se han de interpretar los artículos 1, apartado 2, y 2, apartados 1 y 8, de la Directiva 2010/64/UE 1 en el sentido de que se oponen a que, en aplicación del artículo 184 de la *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley alemana del Poder Judicial), el juez imponga al acusado que, para que la interposición de un recurso sea válida, esta deba realizarse en la lengua del tribunal, en este caso la alemana? 2) ¿Se han de interpretar los artículos 2, 3, apartado 1, letra c), y 6, apartados 1 y 3, de la Directiva 2012/13/UE 2 en el sentido de que se oponen a que se obligue al acusado a designar el domicilio de un representante autorizado a recibir notificaciones cuando la sola notificación a dicho representante haga que comiencen a contarse los plazos de recurso y, en definitiva, sea irrelevante si el acusado ha tenido realmente conocimiento del hecho punible cuya comisión se le atribuye?

2.2. La «armonización de mínimos» en el ámbito procesal penal a través de las directivas.

Las Directivas adoptadas en el marco del art. 82.2 TFUE establecen una regulación de mínimos en lo que se refiere a los derechos fundamentales de las personas involucradas en un proceso penal en la UE. La primera de tales medidas, la Directiva sobre el derecho a un intérprete y traductor, establece estándares mínimos para una regulación uniforme del derecho a un intérprete y a la traducción de los documentos esenciales⁷⁴² del procedimiento penal, es decir de cualquier resolución que prive a una persona de libertad, como el escrito de acusación y la sentencia. La segunda medida, la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, establece normas y estándares mínimos para garantizar el derecho de los sospechosos y acusados a recibir información sobre sus derechos fundamentales de incidencia procesal y sobre la naturaleza y causa de las acusaciones formuladas contra ellos en el marco de los procesos penales, con la inclusión de la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada⁷⁴³. Y por último, la tercera

⁷⁴² La traducción o un resumen oral serán admitidos siempre y cuando no perjudiquen la equidad del procedimiento. Las autoridades competentes decidirán si en un supuesto determinado podría asumir un valor esencial cualquier otro documento, en un caso determinado. No será necesario traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan. El sospechoso o acusado, o su abogado, podrán presentar una solicitud motivada en este sentido (art. 3 apartados 1 a 4).

⁷⁴³ La Comisión anunció la presentación de una propuesta sobre el derecho a la información en los procesos penales en la Comunicación, de 20 de abril de 2010: «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos; el Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo». Poco después, el 20 de julio de 2010, la Comisión presentó al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta de Directiva relativa al derecho a la información en los procesos penales, que pretendía garantizar que los países de la UE informaran de sus derechos y de la naturaleza y causa de la acusación a toda persona sospechosa o acusada de un delito, gratuitamente y en un idioma que entienda. La adopción de la primera de las medidas previstas en el Plan de trabajo, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, impulsó la tramitación de la Directiva sobre el derecho a la información,

medida, la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013⁷⁴⁴, pretende establecer disposiciones que regulen el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden europea de detención 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.

¿Pero cuál ha sido el razonamiento que ha llevado a las instituciones europeas a optar por la técnica de la armonización de mínimos? Ante todo, las instituciones europeas han procedido a constatar la insuficiencia del CEDH, porque aunque todos los Estados de la UE sean parte del Consejo de Europa, «la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros»⁷⁴⁵; ni tales normas se aplican correctamente⁷⁴⁶.

Por otra parte, también se ha constatado que el TEDH, a pesar de los estándares comunes en dicho ámbito consagrados por el CEDH y reiterados en otros documentos en materia de protección de los derechos humanos de carácter

con arreglo al procedimiento legislativo ordinario de codecisión *ex art. 82.2 TFUE*. Y finalmente, esta propuesta tuvo concreción el día 22 de mayo de 2012, mediante la adopción de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. De acuerdo con Viviane Reding, Vicepresidenta y Comisaria de la UE, responsable de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía: «*Conocer los derechos y los cargos de los que se acusa a una persona, es crucial para una tutela judicial efectiva. Enfrentarse a la ley puede intimidar y no podemos esperar que la gente exija el respeto de las autoridades a sus derechos procesales cuando desconocen cuáles son esos derechos. La propuesta de la Comisión garantizará que todo el mundo, en toda la UE, sea consciente de ellos*».

⁷⁴⁴ El derecho de acceso a un abogado encuentra su fundamento en una interpretación sistemática entre el artículo 82.2 letra b) del TFUE, el art. 47 de la Carta y el art. 48 que reconoce los derechos de la defensa, los cuales tienen el mismo sentido y alcance que los derechos garantizados por el artículo 6.3 CEDH. De acuerdo con el artículo 6, apartado 3, letra b) del CEDH todo acusado de un delito tiene derecho a «disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa», mientras que el artículo 6, apartado 3 letra c) de dicho Convenio consagra el derecho a «defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección».

⁷⁴⁵ Directiva 2013/48/UE, cit., considerando n. 5.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, considerando n. 6.

supranacional, no puede asegurar por sí solo una protección plenamente homogénea de tales derechos procesales en todas sus dimensiones, puesto que en la práctica los niveles de aplicación de tales estándares difieren notablemente en los distintos Estados y también las garantías de control concernientes a su aplicación son fragmentarias y actúan *ex post*, es decir cuando la presunta vulneración de tales derechos se someta al juicio del mismo TEDH.

Además, un mayor desarrollo en la Unión de las normas mínimas establecidas en el CEDH, en la Carta y en el Pacto beneficiará también a la cooperación judicial, reforzando una cultura de los derechos fundamentales en la UE, y contribuirá a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos dentro del territorio de los Estados miembros. Por todo ello, se pensó que para favorecer una aplicación coherente de tales estándares, la armonización de los derechos procesales hubiera tenido que llevarse a cabo de forma eficaz y efectiva a través de las directivas.

Una vez constatada la necesidad de desarrollar las normas contenidas en los textos supranacionales en materia de protección de los derechos fundamentales y tras optar por el instrumento de las directivas, las instituciones europeas se han preocupado por individualizar el tipo de armonización a adoptar para conseguir el objetivo propuesto, esto es, adoptar una armonización extensiva, de mínimos, o una armonización plena.

La técnica de la armonización mediante directivas de mínimos, por la que se ha finalmente optado, pretende establecer un marco mínimo común, una base jurídica sustancial, vinculante en todo el territorio de la UE y tendente a alcanzar un objetivo homogéneo, aunque deja un margen de actuación a los Estados miembros con respecto a la forma y a los medios a través de los que conseguir dichos objetivos, legitimándolos a elevar el estándar de tutela previsto en tales medidas. En este sentido, los Estados miembros de la UE, aunque tengan la obligación de alcanzar los objetivos fijados en los actos europeos, disponen de un margen de discrecionalidad que les permite modular sus actuaciones para que

sean respetuosas con sus tradiciones y las especificidades de sus sistemas jurídicos y para permitirles mantener su identidad y adaptarse fácilmente al nuevo marco común.

La finalidad de tales normas mínimas es «extender» la protección jurisdiccional de las personas involucradas en un procedimiento penal, porque sospechosas o acusadas de haber cometido un supuesto típico delictivo en el territorio de la UE, asegurando el derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías en condiciones de igualdad. Y aunque la técnica de la armonización extensiva⁷⁴⁷ o de mínimos arriesga reservar una autonomía bastante amplia a los Estados a la hora de definir los conceptos y las categorías contenidos en las directivas, manteniendo diferencias en muchos casos profundas entre los distintos ordenamientos; por otra parte, obliga a los Estados a reconocer en sus ordenamientos internos, mediante la transposición de lo dispuesto en dichos actos, los denominados derechos procesales «básicos» o, de todas formas, a adoptar, si no lo hubieran hecho antes, todas las medidas necesarias para alcanzar el nivel mínimo de protección contemplado en tales medidas. De ahí, la gran importancia por ejemplo del reconocimiento en las directivas del derecho a un traductor o del derecho a la información de los propios derechos procesales, derechos estos cuyo carácter fundamental hasta el momento se había deducido implícitamente de la jurisprudencia del TEDH, mediante una interpretación sistemática del CEDH.

⁷⁴⁷ Al respecto, VOGEL, J., «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal en materia de la Unión Europea», cit., p. 114. Según el autor, «aunque refiriéndose al derecho penal material, en el fondo, una armonización “extensiva” se basa en el entendimiento de que el Derecho penal es un Derecho de protección de bienes jurídicos y contemplar aquélla no es tan solo políticamente acertado, sino también normativamente requerido porque el ciudadano tiene derecho a la seguridad y el Estado tiene la obligación de brindar esa seguridad al ciudadano». La técnica de la armonización extensiva se ha utilizado en particular en el ámbito del derecho penal material, con el objetivo de extender la punibilidad, obligando a los Estados Miembros a incriminar determinados comportamientos como mínimo y a imponerles la correspondiente sanción penal, sin perjuicio de que los Estados Miembros puedan sancionar con una pena más grave tales comportamientos. En el ámbito penal material por lo tanto la armonización tenía la finalidad de llenar laguna en lo que se refiere a la punibilidad y los marcos de punibilidad.

Esta técnica se distingue de la armonización plena o máxima de las normativas nacionales, utilizada por ejemplo en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE)⁷⁴⁸ o en la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE)⁷⁴⁹. Tales medidas pretenden garantizar un nivel común elevado de protección⁷⁵⁰ de los consumidores, contando con un único marco normativo basado en conceptos jurídico claramente definidos que regularán

⁷⁴⁸ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) (DO L 149, 11.6.2005). Sobre la técnica de la armonización plena, v. EBERS, M., «De la armonización mínima a la armonización plena», *Indret*, n. 2, 2010, pp. 1-47.

⁷⁴⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [DO L 376 de 27.12.2006]. Sobre la técnica de la armonización plena, vid. también: la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010. Dicha Directiva en el art. 2 sobre el nivel de armonización dispone que: «1. La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en materia de protección del consumidor, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el artículo 14, apartado 2, y el anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), y el artículo 17, apartados 1 a 5, 7 y 8, y el anexo I, por lo que respecta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)». Nótese que en el texto de la directiva sobre competencia desleal se utilizan indistintamente los términos armonización y aproximación.

⁷⁵⁰ Vid. Preámbulo y considerando duodécimo de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, cit.. El objetivo de una regulación exhaustiva y de máximos a escala comunitaria en el sector comprendido por el ámbito de aplicación de la Directiva queda otra vez de manifiesto en las declaraciones de los considerandos decimocuarto y decimoquinto, que hablan expresamente de una *plena armonización*. Esto se deduce, además, de la cláusula de mercado interior del artículo 4 de la Directiva 2005/29, según la cual los Estados miembros no pueden restringir la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la *aproximación* que lleva a cabo esta Directiva.

todos los principales aspectos⁷⁵¹, eliminando las marcadas diferencias, que caracterizan las legislaciones nacionales y que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia e incertidumbres con respecto a las normas nacionales aplicables y a los particulares sobre sus derechos, mermando su confianza en el mercado interior, obstaculizando su buen funcionamiento y creando numerosas barreras. Y con vistas a alcanzar este objetivo se prohíbe, como regla general y con la salvedad de algunas excepciones⁷⁵², a los Estados miembros «mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores». La armonización plena determina una regulación uniforme de un determinado sector. Por lo tanto, el legislador interno solo podrá adoptar normas sobre aquellos aspectos que no estén regulados por la directiva.

Sin embargo, dicha técnica comporta algunos problemas y plantea incertidumbres en orden a la delimitación del alcance de la armonización realizada por tales Directivas para averiguar hasta donde llegue su margen de incidencia y su aplicación. Otro problema concierne a los conceptos jurídicos indeterminados y a las cláusulas generales. Ahora bien, aunque la objeción principal que se puede avanzar a la armonización de mínimos es el panorama fragmentario que arriesga crear, puesto que las cláusulas de mínimos obstaculizan la institución de una normativa europea uniforme y arriesgan

⁷⁵¹ Al método de la *aproximación jurídica* se refiere de nuevo el artículo 1 de la Directiva 2005/29, según el cual aquélla pretende contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores y a perfeccionar el funcionamiento del mercado interior.

⁷⁵² Como excepción, el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2005/29 prevé que, durante un período de seis años a partir del 12 de junio de 2007, los Estados miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que esta contiene. Esta excepción se limita a las disposiciones nacionales que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización. Otra excepción a la plena armonización se individualiza en el artículo 3, apartado 9, en relación con los servicios financieros en el sentido de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DO L 271, p. 16), y con los bienes inmuebles.

perjudicar la protección de los justiciables; por otra parte, hemos de constatar que la armonización plena podría anular las especificidades de cada uno de los Estados de la UE, reduciendo en algunos casos el nivel de protección de los derechos fundamentales. Pero sobre todo no sería aconsejable adoptar dicha técnica en el curso de una primera fase de este proceso sino que podría considerarse, en su caso, como un objetivo a perseguir a largo plazo, cuando la armonización de mínimos en el ámbito penal se haya consolidado definitivamente.

Precisamente por eso, para evitar que se adopten medidas que puedan perjudicar las identidades constitucionales nacionales, el Tratado de Lisboa, en su art. 4.2 TUE, establece que: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». Dicha cláusula de «salvaguarda de las identidades nacionales» en determinados supuestos podría contemperar la primacía incondicionada del Derecho de la UE con el fin de salvaguardar el ordenamiento constitucional de uno o más Estados miembros.

2.3. Excepciones y límites

Otro aspecto importante a resaltar concierne a las posibles excepciones y a los límites contemplados en tales instrumentos. Tanto la directiva sobre el derecho de información como la directiva sobre el derecho de acceso a un abogado permiten a los Estados miembros establecer excepciones, cuando sean plenamente justificadas para hacer frente a circunstancias excepcionales y

siempre y cuando se predispongan las salvaguardias procesales necesarias, debiendo su imposición justificarse por razones imperiosas relacionadas con la urgente necesidad de evitar un peligro para la vida o la integridad física de una o más personas.

La primera prevé la posibilidad de limitar el derecho de acceso a los materiales del expediente, cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal (art. 7). El acceso al expediente es la forma más simple para que los sospechosos, los acusados o sus abogados reciban información detallada sobre la acusación y puedan preparar adecuadamente su defensa judicial. El derecho a acceder a determinados materiales concernientes al propio expediente podrá denegarse, previa decisión en tal sentido emitida por un tribunal o previo control judicial, de acuerdo con los procedimientos previstos por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, siempre y cuando no perjudique el derecho a un juicio equitativo, en el caso de que pueda constituir una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o cuando la denegación sea estrictamente necesaria para defender un interés público importante. Eso podría ocurrir cuando exista el riesgo de perjudicar una investigación en curso o de atentar gravemente contra la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal (art. 7.4)⁷⁵³. Los Estados podrán denegar el derecho de acceso al

⁷⁵³ En lo que atañe a los procedimientos judiciales, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, habida cuenta del principio de contradicción, que forma parte de los derechos de defensa a que se refiere el artículo 47 de la Carta, las partes en un proceso deben tener derecho a conocer y a discutir todos los documentos y observaciones presentados al juez a fin de influir en su decisión (sentencias de 14 de febrero de 2008, *Varec*, C-450/06, apartado 45; de 2 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda y otros*, C-89/08 P, apartado 52, y de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, apartado 30; véase asimismo, en lo que atañe al artículo 6, apartado 1, del CEDH: TEDH, asunto *sentencia Ruiz-Mateos c. España* de 23 de junio de 1993, 262, § 63). Basar una resolución judicial en hechos y documentos de los cuales las propias partes, o una de ellas, no han podido tener conocimiento, y sobre los cuales, por tanto, no han podido presentar sus observaciones, supondría vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (sentencia *Comisión/Irlanda*, antes citada, apartado 52 y jurisprudencia citada). Sin embargo, en los casos excepcionales en que una autoridad nacional se oponga a que se comuniquen al interesado, con precisión y por extenso, las

expediente o a algunas pruebas concretas tras una ponderación equilibrada de los distintos intereses en juego, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de la defensa, que corresponden a toda persona sospechosa o acusada, y su valor en las distintas fases del proceso. En tal operación se deberá respetar el estándar mínimo de tutela establecido en el CEDH y en la Carta, atendiendo a la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH y el TJUE.

En términos parecidos se expresa también la Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado, acudiendo a la jurisprudencia del TEDH⁷⁵⁴. Los derechos regulados en este acto podrán someterse a excepciones temporales, que deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario, se deberán circunscribir rigurosamente en el tiempo, no podrán basarse exclusivamente en el tipo o en la gravedad de la presunta infracción y no podrán menoscabar las garantías generales de un juicio justo, no pudiendo poner en peligro, tales excepciones, la imparcialidad del proceso, y las declaraciones efectuadas por el interesado en ausencia de su abogado nunca pueden utilizarse como prueba en su contra (art. 8)⁷⁵⁵. Además, las excepciones temporales, solo podrán

razones que constituyan el fundamento de una resolución adoptada en virtud del artículo 27 de la Directiva 2004/38, invocando para ello motivos relacionados con la seguridad del Estado, el juez competente del Estado miembro de que se trate habrá de tener a su disposición y deberá aplicar técnicas y normas de Derecho procesal que le permitan conciliar, por un lado, las legítimas consideraciones de seguridad del Estado en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar una resolución de ese tipo y, por otro, la necesidad de garantizar en grado suficiente al justiciable el respeto de sus derechos procesales, tales como el derecho a ser oído y el principio de contradicción (véase, por analogía, la sentencia del TJ (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P., apartado 344).

⁷⁵⁴ TEDH, *Salduz/Turquía*, cit., apartado 55.

⁷⁵⁵ La Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado contiene excepciones en los arts. 3.5 y 3.6 y 5.3. Los primeros dos disponen 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), 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 libertad» y (apartado 6) «podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes: a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para

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.

También es importante observar que, en algunos casos se afirma que la normativa europea no afectará a la normativa nacional. Al respecto, la directiva sobre derecho a un intérprete y a un traductor establece que: «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» (art. 1.4). Y en la misma línea, la Directiva sobre derecho de acceso a un abogado en relación con la asistencia jurídica gratuita dispone que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de lo dispuesto al respecto en la normativa nacional, aunque se especifica que la normativa interna se aplicará de conformidad con la Carta y con el CEDH (art. 11).

Por otra parte, las directivas como fuente para la regulación de los derechos procesales presentan algunos límites axiológicos, entre los que se podrán individualizar básicamente la prohibición de realizar una interpretación *contra legem* y el respeto a la tutela judicial efectiva. En este sentido, la interpretación conforme deberá ser respetuosa con el principio de legalidad, «dado que una directiva no puede, por sí sola y sin que exista una ley interna de un Estado

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». Y según el art. 5.3 concerniente al derecho a que se informe un tercero de la privación de libertad: «Los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en los apartados 1 y 2 cuando, en vista de las circunstancias específicas del caso, así se justifique con base en alguna 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 prevenir una situación en la que pueda comprometerse de modo grave el proceso penal». Cuando un sospechoso o acusado sea menor, según el apartado 4 de este artículo, «los Estados miembros, al establecer una excepción temporal a la aplicación del derecho a que la persona sobre la que recae la responsabilidad parental del menor sea informada lo antes posible de su privación de libertad y de los motivos de tal situación, se asegurarán de que una autoridad responsable de la protección o el bienestar de los menores sea informada, sin demora injustificada, de la privación de libertad del menor».

miembro adoptada para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de los inculpados»⁷⁵⁶ y no podrá perjudicar aquellos principios fundamentales del derecho procesal penal recogidos en las Constituciones nacionales y considerados intangibles, los cuales operarán como contra-límites.

Como ha sido reiterado también por el TJUE en la sentencia de 4 de junio de 2013 en el asunto C-300/11 (apartado 51), «la interpretación conforme debe tener en cuenta la importancia del derecho fundamental garantizado por el art. 47 de la Carta», que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial, tal como resulta de la concepción general de la propia Carta. En particular, «si bien es cierto que el artículo 52, apartado 1, de la Carta admite limitaciones al ejercicio de los derechos que consagra, no lo es menos que dicha disposición exige que toda limitación respete el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate y requiere además que, con observancia del principio de proporcionalidad, la limitación sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión».

Por lo tanto, la interpretación de las disposiciones recogidas en una Directiva, a la luz del art. 47 de la Carta, no podrán tener como efecto menoscabar el nivel de protección de este derecho. Corresponderá a los Estados miembros garantizar un control judicial efectivo de la conformidad a Derecho de las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en la Directiva y disponer las técnicas y normas relativas a dicho control judicial (apartado 58). Por su parte, el juez nacional competente tendrá que realizar un examen independiente de todos los elementos de hecho y de Derecho invocados por la autoridad nacional competente y determinar, aplicando las normas nacionales de Derecho procesal

⁷⁵⁶ En la sentencia *Berlusconi*, cit., apartado 74, el Tribunal de Justicia afirma que: «En el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones». Al respecto, vid. también las sentencias de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, apartado 13, y de 7 de enero de 2004, X, C-60/02, apartado 61 y jurisprudencia citada.

y, por consiguiente, respetando su patrimonio constitucional nacional, que deviene un límite insuperable a tener en cuenta, si –y, en su caso, en qué medida- se han producido restricciones indebidas de los derechos de defensa del demandante⁷⁵⁷.

El principio de la interpretación conforme produce sustancialmente dos efectos: de integración del Derecho europeo y de armonización indirecta de los Derechos nacionales. Esto significa que, por un lado, el que las normas nacionales deberán interpretarse conforme a lo dispuesto en las directivas excluye la operatividad de aquellas normas que no sean conformes a los estándares europeos armonizados; por otra parte, se puede observar la tendencia, como ocurrió en el caso *Pupino*⁷⁵⁸, a la extensión mediante la labor jurisprudencial del TJUE del «alcance y fuerza de las normas de armonización a supuestos no expresamente contemplados, más allá de la voluntad del legislador europeo»⁷⁵⁹.

El principio de la interpretación conforme plantea algunas dudas con respecto a los efectos de las directivas en el periodo que va desde su adopción hasta su recepción por los órganos nacionales. Las tres Directivas sobre

⁷⁵⁷ Según MANES, «*L'interpretazione conforme non può rappresentare la cosmesi metodologica per obliterare le diverse garanzie che, nel contesto costituzionale, segnano limiti di intervento del massimo presidio punitivo; il rispetto del patrimonio costituzionale interno, dunque rappresenta il fondamentali presupposto di esperibilità dell'integrazione per via ermeneutica, quale che essa sia, e dunque il margine di tollerabilità dell'apertura dell'ordinamento domestico all'ordinamento sovranazionale. Il giudice dovrà, dunque, partire dal progetto ermeneutico orientato alla fonte sovranazionale volta a volta fruibile in chiave interpretativa per controllare se questo rispecchi e salvaguardi le garanzie costituzionali, solo allora potendone decretare la percorribilità*». MANES, V., en su: *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.. Sobre el punto, vid. p. 75.

⁷⁵⁸ Con respecto a las decisiones marco, vid. la sentencia del TJ, *Pupino*, cit., apartado 43 y ss.

⁷⁵⁹ MUNARI, F., «*Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*», cit., p. 729. Al respecto, según el autor: «*Benché più spesso considerata dal punto di vista della disapplicazione del diritto nazionale difforme, la giurisprudenza qui in rilievo assume evidenti implicazioni sul piano del ravvicinamento dei diritti nazionali, che in via pretoria risultano armonizzati anche al di là di quanto voluto dallo stesso legislatore europeo*».

derechos procesales establecen unos plazos determinados para su transposición. Para la Directiva sobre el derecho a intérprete y traductor, el plazo expiró el día 27 de octubre de 2013 y para la Directiva sobre el derecho a la información el día 2 de junio de 2014. En cambio, para la Directiva sobre el derecho a la asistencia de un abogado se prevé un plazo más amplio, al disponer que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias a más tardar el 27 de noviembre de 2016.

En lo que concierne a los efectos de las Directivas todavía no transpuestas en los ordenamientos internos de los Estados de la UE, es importante recordar que, desde la sentencia *Marleasing*⁷⁶⁰, el Tribunal de Justicia ha afirmado que la obligación por parte de los Estados miembros de interpretación conforme abarcaría tanto las disposiciones anteriores, como aquellas posteriores a la directiva. La exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho comunitario cuando resuelve el litigio de que conoce⁷⁶¹. Por consiguiente, dicha obligación tendrá que reconocerse también en relación con las directivas cuyo plazo de ejecución todavía no ha expirado, ya que estas figuran entre las fuentes del ordenamiento jurídico y producen efectos jurídicos no solo desde la expiración de dicho plazo, sino desde su entrada en vigor, es

⁷⁶⁰ Vid. TJ, sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89. A continuación, el TJ, sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/91, apartado 4, afirma que: «la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado».

⁷⁶¹ TJ, sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 y C-403/01, apartado 114.

decir, desde la fecha que se establezca en la propia directiva o, en su defecto, a los veinte días de su publicación⁷⁶².

Finalmente, en la sentencia *Adelener*, el Tribunal de Justicia intenta llegar a un compromiso. Por un lado, se afirma que, antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, no cabe reprochar a los Estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma⁷⁶³. Por lo tanto, en el caso de adaptación tardía del Derecho interno a una directiva, la obligación para los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar su derecho interno de conformidad con la directiva «nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva»⁷⁶⁴. La obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito en una directiva, «se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las autoridades judiciales en el ámbito de sus competencias»⁷⁶⁵.

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros tienen la obligación de abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente la realización de su objetivo⁷⁶⁶. Y a partir de la expiración del plazo de adaptación, estos tendrán que interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva para alcanzar sus objetivos⁷⁶⁷, «dando prioridad a la

⁷⁶² Conclusiones del Abogado General A. Tizzano presentadas el 30 de junio de 2005, *Mangold*, apartado 118.

⁷⁶³ TJ, sentencia de 4 de julio de 2006, *Adelener y otros*, C-212/04, apartado 114; y TJ, sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, apartado 43.

⁷⁶⁴ TJ, *Adelener y otros*, C-212/04, apartado 115.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, apartado 116.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, apartado 123.

⁷⁶⁷ TJ, sentencia del 10 de abril de 1984, *von Colson y Kamann*, C-14/83, apartado 26; TJ, sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, apartado 8; TJ, sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/91, apartado 26; TJ, sentencia de 18 de diciembre

interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva»⁷⁶⁸.

Este problema ha vuelto a presentarse con la Directiva sobre el derecho a un intérprete y traductor y la Directiva sobre derecho a la información cuyo plazo de transposición ha expirado, como ya se ha observado, respectivamente el día 27 de octubre de 2013⁷⁶⁹ y el día 2 de junio de 2014. En tales supuestos se ha considerado que en el periodo de tiempo que va desde la adopción de tales directivas a su efectiva entrada en vigor existe una obligación para los jueces de interpretación conforme a la Directiva, que se deduce del principio fundamental de cooperación leal, *ex art. 4.3 TUE*, en virtud del cual: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión».

de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, apartado 40; TJ, sentencia de 25 de febrero de 1999, *Carbonari y otros*, C-131/97, apartado 48; TJ, *Pfeiffer y otros*, cit..

⁷⁶⁸ TJ, *Adelener y otros*, C-212/04, apartado 124.

⁷⁶⁹ Sobre la transposición de la directiva relativa al derecho a un intérprete y a un traductor: GIALUZ, M., «È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma almeno meditata», *Dir. pen. cont.*, 10.04.2014, pp. 1-19. Italia transpuso la directiva sobre el derecho a un traductor con el *D. lgs. 4 marzo 2014, n. 32., Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. (14G00041) (GU Serie Generale n. 64 del 18.3.2014)*. España, en cambio, ha adoptado recientemente el Proyecto de Ley Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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, BOCG, n. 114-1, 05.09.2014. En la Exposición de motivos, Considerando VII, se afirma que: «Esta Ley incide directamente en el artículo 24 de la Constitución Española, introduciendo cambios jurídicos, procesales y sustantivos que afectan al ámbito propio de las Leyes Orgánicas, al desarrollar derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en este precepto constitucional. Tal y como se detalla en la disposición final primera, tienen carácter orgánico los artículos 118, 123, 126, 505 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto afectan a una parte del núcleo esencial de los derechos a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de derechos e intereses legítimos ante los Tribunales sin que pueda producirse indefensión; derecho a ser informado sobre la acusación; derecho a un proceso público con todas las garantías y derecho de defensa, recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con lo dispuesto en el artículo 81 de la Norma Fundamental».

2.4. **Ámbito de aplicación**

Las presentes Directivas establecen normas mínimas relativas a los derechos de sospechosos y acusados en procesos penales y de las personas que sean sometidas a procedimientos concernientes a una orden europea de detención (ámbito de aplicación subjetivo). Su finalidad es consolidar la confianza recíproca, la cual es esencial para el reconocimiento mutuo. Es importante observar que estas tres Directivas especifican algunas de las disposiciones contenidas en las Decisión Marco 2002/584/JAI y en la Decisión Marco 2009/299/JAI, reforzando los derechos y garantías procesales ahí recogidas.

Las disposiciones contenidas en estas medidas se aplican «desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la conclusión del proceso», esto es, hasta «la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso»⁷⁷⁰ (ámbito de aplicación temporal y objetivo).

A efectos de las presentes Directivas no se consideran procesos penales, ni los procedimientos relativos a infracciones leves cometidas dentro de una prisión, ni los procedimientos relativos a infracciones cometidas en un contexto militar y tramitadas por un oficial de mando. Todo esto, por supuesto, sin perjuicio de las obligaciones contraídas por los Estados miembros en virtud del CEDH de garantizar el derecho a un proceso imparcial.

En algunos Estados miembros, cuando se trate de infracciones relativamente menores, la competencia para imponer sanciones que no sean la

⁷⁷⁰ Art. 1.2 Directiva derecho a un traductor; art. 2 Directiva sobre derecho a la información y art. 2.1 Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado.

privación de libertad puede corresponder a una autoridad distinta de un tribunal con competencia en materia penal. En tales supuestos, piénsese por ejemplo en el caso de algunas infracciones leves, como las de tráfico, de ordenanzas municipales generales y del orden público, no sería razonable exigir que las autoridades competentes garanticen todos los derechos amparados por estas Directivas. Por lo tanto, cuando, con arreglo a la normativa de un Estado miembro no puedan imponerse sanciones que conlleven privación de libertad para infracciones leves, las Directivas sobre derechos procesales se aplicarán únicamente a los procesos incoados ante tribunales competentes en materia penal⁷⁷¹.

No todos los Estados han participado en la adopción de tales medidas ni han manifestado su adhesión para adherirse a las mismas. Dinamarca no ha participado en la adopción de ninguna de las tres medidas ni queda vinculada por las mismas ni sujeta a su aplicación y el Reino Unido e Irlanda ejercieron su *opt-ing* respecto de las primeras dos directivas, decidiendo participar en su adopción y estar vinculadas a tales medidas; en cambio han decidido no participar en la tercera medida, al considerarla demasiado invasiva (ámbito de aplicación territorial)⁷⁷².

⁷⁷¹ Art. 1.3 Directiva 2010/64/UE; art. 2.2 Directiva 2012/13/UE y art. 2.4 Directiva 2013/48/UE. Este último, en particular, establece que: «4. Sin perjuicio del derecho a un juicio justo, con respecto a las infracciones leves: a) para las que la normativa de un Estado miembro disponga la imposición de sanciones por parte de una autoridad distinta de un tribunal competente en materia penal, y la sanción pueda ser objeto de recurso o remitirse a este tipo de tribunal, o b) para las que no pueda imponerse como sanción la privación de libertad, la presente Directiva se aplicará únicamente a los procedimientos ante un tribunal competente en materia penal. En cualquier caso, la presente Directiva será de plena aplicación cuando se haya privado de libertad al sospechoso o acusado, independientemente de la fase en que se encuentre el proceso penal».

⁷⁷² Vid. arts. 1 y 2 del Protocolo n. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

Las directivas analizadas representan un avance importante en el camino hacia la adopción de estándares mínimos uniformes en el ámbito de la UE en lo que se refiere a los derechos fundamentales de incidencia procesal. Tales medidas permitirán, sin duda, reforzar la cooperación judicial entre los Estados que la integran en un clima de confianza recíproca, contribuyendo a reducir las distancias entre los distintos sistemas judiciales penales y, de tal forma, a aproximar las normas sustantivas de procedimiento, que afectan a los derechos procesales básicos. Estableciendo un «modelo de mínimos», la UE pretende sentar las bases para una regulación y aplicación uniforme del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en sus Estados miembros, avanzando en la construcción de un espacio de justicia penal europeo.

Sin embargo, al margen de que la efectividad de las presentes Directivas se evaluará a la luz de la experiencia práctica adquirida, del análisis de tales medidas se puede deducir que el legislador europeo ha intentado mantener un equilibrio entre los varios niveles de protección de los derechos fundamentales, limitándose a establecer algunos estándares mínimos para una regulación uniforme de tales derechos, intentando no afectar a las normativas internas.

Los objetivos que tales Directivas pretenden alcanzar dependen en gran medida de la colaboración y cooperación de los Estados miembros, que deberán adoptar medidas ulteriores para dotarlas de efectividad. En este sentido, a los Estados miembros les corresponde velar por el respeto de los derechos contemplados y garantizar su efectividad a través de la adopción de medidas específicas. Estos tendrán, por ejemplo, la obligación de prever un registro de traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados, a través de un oportuno sistema de acreditación/homologación, para fomentar la idoneidad de la interpretación y traducción, así como un acceso eficaz a las mismas, deberán establecer un procedimiento o mecanismo para determinar si el sospechoso o acusado habla y entiende la lengua del proceso penal y si requiere de la asistencia de un intérprete y deberán adoptar medidas especiales para permitir el

disfrute de tales derechos a las personas especialmente vulnerables, como los menores de edad o las personas con problemas físicos o psíquicos. En lo que concierne al derecho de acceso a un abogado, los Estados miembros deberán esforzarse por difundir información general con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados la designación de un letrado y no obstante lo dispuesto en la normativa nacional en relación con la presencia obligatoria de un letrado, deberán adoptar, las disposiciones necesarias para garantizar que los sospechosos o acusados a los que se haya privado de libertad estén en condiciones de ejercer efectivamente su derecho a ser asistidos por un letrado, y deberán ocuparse de la formación profesional de los jueces, fiscales y personal judicial. Y por último, no se puede soslayar que la efectividad de tales derechos supone ingentes costes, que los Estados deberán soportar integralmente.

3. CONCLUSIONES

Para comprender cómo el espacio europeo de justicia penal se ha desarrollado y consolidado y cuáles son los límites que todavía lo afectan, en la segunda parte de este trabajo de investigación se ha procedido al análisis de las principales técnicas y mecanismos de integración, los cuales interactúan recíprocamente. Entre las técnicas y modelos de integración, se ha profundizando, por un lado, en el papel desempeñado por el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los justiciables y su interpretación, respectivamente, por el TEDH y el TJUE; por otra parte, en la incidencia del principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el ámbito penal, en relación con los actos de Derecho derivado adoptados por la UE, a partir de la euro-orden, y de las Directivas europeas sobre los derechos procesales, por el carácter funcional a su armonización.

Desde un punto de vista metodológico, en cada modelo o técnica de integración se ha intentado individualizar su presupuesto y legitimación político-constitucional y su operatividad práctica, con la finalidad de averiguar el grado de incidencia de tales técnicas en la configuración de un espacio europeo de justicia penal basado en estándares mínimos comunes, generalmente compartidos por los Estados miembros de la UE, las posibilidades y los límites ínsitos en cada técnica.

En lo que se refiere al papel del CEDH, el art. 6, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, es sin duda una de las disposiciones más importantes de todo el articulado del Convenio y también una de las más invocadas en los juicios ante el TEDH. Aunque aparentemente de simple comprensión, el art. 6 CEDH presenta una estructura compleja, articulada en tres apartados, en los que se reconocen las categorías estructurales, en torno a las que dicho derecho se desarrolla, es decir: a) el

derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso equitativo (primer apartado), b) el derecho a la presunción de inocencia (segundo apartado) y c) los derechos de la defensa (tercer apartado). Los derechos reconocidos expresamente en los apartados dos y tercero del art. 6 y los que se pueden incluir implícitamente en sus respectivos ámbitos de aplicación constituyen elementos de la noción de juicio justo en materia penal contenida en el art. 6.1.

En dicho marco, el TEDH, mediante la interpretación y aplicación del CEDH y de sus Protocolos, a partir de los casos concretos (*case law*), que cada vez se le han ido presentando, ha desarrollado, en virtud de su *ratio decidendi* y de la autoridad del precedente, un verdadero papel armonizador, que ha permitido crear un marco de tutela común también en materia de justicia penal.

Tales estándares, a su vez, han podido circular gracias a la «batalla permanente», a la que se enfrenta el TEDH con los demás órganos jurisdiccionales, que integran el sistema europeo. Esta batalla caracterizada por una tensión dialéctica constante entre los distintos niveles en los que el sistema se articula, en algunos casos, ha permitido reforzar el diálogo «virtuoso y abierto», y otras veces, en cambio, ha generado choques y conflictos, dejando al ordenamiento ante un equilibrio inestable.

El enfoque sustancial del *case-law*, de la «lógica por armonización de los problemas» utilizado por el TEDH, que responde a exigencias de garantía, está funcionalmente orientado a encontrar una solución de síntesis a través de una fusión de modelos con el objeto de alimentar el carácter dinámico, que caracteriza este proceso circular y así superar las diferencias existentes entre las distintas tradiciones constitucionales. De tal forma, se pretenden alcanzar estándares de tutela comunes funcionales a la consolidación de un sistema armónico e integrado, pero también se impulsa a los Estados partes a que se conformen a sus pronunciamientos en una actitud dialogante. En este sentido, y desde una perspectiva multinivel de protección de los derechos fundamentales,

esto es considerando las interrelaciones normativas entre los distintos espacios de garantía, se puede concluir que la efectividad de la tutela judicial en cada supuesto es el fruto de una combinación virtuosa que requiere una comparación entre los distintos niveles de protección (el nivel nacional, el nivel propiamente europeo y el nivel europeo-convencional) al fin de alcanzar la máxima expansión de las garantías, también a través del desarrollo de las potencialidades ínsitas en las normas constitucionales que tienen por objeto los mismos derechos.

Y con respecto a su operatividad, el papel armonizador del TEDH se ha llevado a cabo a partir de un análisis comparativo de los distintos sistemas jurídicos de los Estados signatarios del CEDH, a través de las técnicas de las categorías autónomas y de las sentencias piloto, las cuales, dejando a los Estados signatarios un cierto margen de apreciación, han facilitado la penetración de los estándares mínimos ahí establecidos en los ordenamientos nacionales y han permitido coordinar los distintos niveles de protección, en el respeto a las diversidades y especificidades de todo Estado miembro del Consejo de Europa. De tal forma, el TEDH ha sabido desarrollar plenamente las potencialidades y la vis expansiva del CEDH, permitiendo a este último ir «más allá de los códigos y más allá de las cartas constitucionales nacionales» y adquirir el rango de «un tercer nivel de legalidad», un ulterior y máximo nivel de «sacralización de las garantías», un instrumento de vértice del «garantismo penal»⁷⁷³, que se configura como un límite al ejercicio *del ius puniendi*.

Los estándares elaborados por el TEDH, aunque en algunos casos pueden ser objeto de mejoras, en definitiva, han sabido garantizar un buen nivel de protección de los derechos fundamentales, permitiendo al CEDH y a la jurisprudencia pronunciada por dicho órgano jurisdiccional penetrar en los

⁷⁷³ MANES, V., «Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., pp. 3-4.

ordenamientos internos de los Estados del Consejo de Europa y colmar lagunas importantes, incorporando las principales garantías y derechos fundamentales y garantendo su efectividad.

El análisis del «caso español» y del «caso italiano» nos ofrecen un ejemplo interesante de cómo el CEDH y la jurisprudencia del TEDH han conseguido penetrar en el ordenamiento interno de estos Estados, llevando no solo al progresivo reconocimiento de su carácter vinculante y al contextual replanteamiento de su sistema de fuentes, sino también a la modificación de su sistema penal (material y procesal). Tales cambios, inevitablemente, acaban incidiendo en su «Constitución material» y, en definitiva, en el «sistema constitucional» de dichos ordenamientos en su conjunto, impulsando el desarrollo de un nuevo modelo de justicia penal⁷⁷⁴.

En lo que concierne a la Carta de los Derechos Fundamentales, es importante observar que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que le ha otorgado el mismo valor jurídico que los Tratados, ha supuesto un avance significativo en el proceso de desarrollo de un sistema común de garantías procesales. Por un lado, su reconocimiento en un texto dotado de un carácter «materialmente constitucional» otorga a los derechos reconocidos una mayor fuerza y seguridad jurídica, puesto que son los derechos procesales los que permiten la aplicación efectiva de los demás derechos fundamentales.

En este sentido, los artículos 47 y 48 de la Carta, que reconocen respectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial y los derechos de la defensa, se pueden considerar como la «base sustantivo-constitucional» de tales derechos y el art. 82 del TFUE como la base jurídica para su desarrollo que legitima al legislador europeo a adoptar normas en materia de derechos procesales, estableciendo un marco normativo mínimo

⁷⁷⁴ En este sentido, v. también MANES, V., en su: *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 3.

común y facilitando la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros de la UE.

Por lo tanto, desde tal perspectiva, a través de la incorporación del derecho a la tutela judicial efectiva, que es un principio general del Derecho de la UE, a la Carta, tal derecho viene a ser de esta manera «objeto de positivización»; y es precisamente desde esta sede desde la «que el principio debe desplegar las posibilidades y los límites de su eficacia»⁷⁷⁵.

Dicho de otra forma, la positivización en la Carta de tales derechos les da concreción, otorgándoles un status «materialmente constitucional» y un contenido que les es propio⁷⁷⁶, el cual a la vez se alimenta de las tendencias y tensiones procedentes del nivel internacional, en primer lugar del CEDH y de su interpretación por parte del TEDH, y de las influencias de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados de la UE, a la tradición propia de la Unión Europea y al «universo conceptual de los principios característicos del Estado de Derecho»⁷⁷⁷.

El contenido y el alcance jurídicos de los arts. 47 y 48 en su relación con el art. 53 de la Carta, que define el nivel de protección de los derechos protegidos por la Carta, han sido precisados, por primera vez, por el TJUE en la interesante y al mismo tiempo controvertida sentencia *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, con la que el Tribunal de Justicia de la UE responde al primer reenvío prejudicial planteado por el Tribunal Constitucional español.

Dicho pronunciamiento ha sentado las bases para la definición de un nuevo marco normativo de protección de los derechos fundamentales en la UE

⁷⁷⁵ Sobre este punto, vid. el Auto del Pleno del TC n. 86/2011, de 9 de junio de 2011, punto d, el cual hace reenvío a las Conclusiones presentadas en el asunto *Prigge*, cit. apartado 26.

⁷⁷⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, *Brahim Samba Diouf*, cit., apartado 39.

⁷⁷⁷ TJUE, *DEB*, cit., apartado 35.

hacia la consolidación de un orden procesal europeo, en el que la Carta está destinada a jugar un papel determinante. La definición del alcance, del contenido y del nivel de protección de los derechos fundamentales del justiciable por parte del TJUE, sobre la base de la «cláusula de salvaguarda» del contenido esencial de los derechos fundamentales contenida en el art. 53 de la Carta no reforzará solo su *vis* armonizadora, contribuyendo «a tomar en serio» y hacer visibles aun más tales derechos, sino que permitirá también reforzar el «diálogo judicial europeo», con el objeto de encontrar un equilibrio entre los distintos órganos judiciales que integran el sistema europeo. Tal equilibrio requiere no solo una mera equivalencia formal entre los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales, sino también la íntima aceptación y adhesión sustancial a tales garantías, que es fundamental para el refuerzo de la confianza mutua. Por lo tanto, los Estados no pueden imponer «su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales», sino que deberán «moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal».

En este proceso la Carta no constituye una amenaza para los Estados, puesto que no determinará ni un rebasamiento de la tutela de los derechos fundamentales, ni vulnerará las identidades nacionales, ni afectará al papel de los tribunales nacionales, más bien contribuirá a definir las relaciones entre la pluralidad de fuentes, órganos jurisdiccionales y espacios constitucionales que integran la UE, consolidando su pluralismo interno hacia un cosmopolitismo de los derechos humanos también en el ámbito penal.

A continuación, en el marco de las técnicas de integración funcionalmente orientadas hacia la armonización, se ha analizado el principio del reconocimiento mutuo, que constituye la piedra angular de la cooperación judicial, y las directivas. El principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judicial fue formulado y aplicado, por primera vez, por

el Tribunal de Justicia en la sentencia *Cassis de Dijon*⁷⁷⁸ en el ámbito del primer pilar con vistas a la consolidación de un mercado interior, considerándolo como la alternativa más razonable a la armonización. Y tras su formulación pretoria ha sido transpuesto progresivamente al ámbito de la cooperación judicial en materia penal, con el objetivo de impulsar la consolidación de un espacio de justicia propiamente europeo, basado en la libre circulación de las sentencias y resoluciones judiciales, de las pruebas y de datos relevantes a los efectos del desarrollo y tramitación de los procesos penales celebrados en los países de la UE.

La introducción de este mecanismo en el ámbito penal ha supuesto un importante replanteamiento de las principales categorías que han regido tradicionalmente el ejercicio del *ius puniendi*, tanto en lo que concierne a su carácter exclusivo, en cuanto de monopolio de los Estados, y al concepto de soberanía nacional en relación con el principio de territorialidad del derecho penal, así como al carácter intergubernamental de la cooperación judicial. En el ámbito de relevancia penal, el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales implica que, cuando una autoridad judicial, en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones transnacionales, adopta una resolución con arreglo a su Derecho interno, dicha resolución será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá efectos directos, plenos y equivalentes, o al menos similares en todo el territorio de la Unión.

Las ideas fundamentales en torno a las que se desarrolla el principio del reconocimiento mutuo son la recíproca confianza entre los Estados miembros de la UE y el principio de equivalencia. El concepto de confianza mutua debe entenderse no solo en términos de conformidad, sino también de correcta aplicación de las normas por parte de los demás Estados. En este sentido,

⁷⁷⁸ TJ, *Rewe-Zentral AG*, cit..

confianza mutua y armonización van de las manos: la primera constituye el presupuesto para proceder a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia penal; pero a la vez, la armonización contribuye a reforzar la confianza en los demás ordenamientos.

Por otra parte, no hemos de olvidar la interrelación entre el principio del reconocimiento mutuo y el *ne bis in idem*, puesto que el reconocimiento de los efectos de la sentencia dictada por la autoridad extranjera, son susceptibles de extenderse más allá del Estado que ha emitido la decisión. En este sentido, en virtud de la autoridad de la cosa juzgada, cuando determinadas personas hayan sido objeto de una resolución sobre determinados hechos y normas jurídicas aplicables, se prohíbe instaurar nuevos juicios contra el mismo sujeto para los mismos hechos objeto de la decisión reconocida. Esto significa que no solo las personas no podrán ser juzgadas dos veces por el mismo supuesto de hecho sino que tampoco se podrá volver a poner en discusión la decisión en cuestión y se impedirá que el reo quede impune.

A pesar de su importancia, el principio del reconocimiento mutuo en materia penal ha planteado y sigue planteando serios problemas de constitucionalidad y de aplicación práctica. Al respecto, el instituto de la orden de detención europea, regulado por 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, y que constituye el primer instrumento de concreción y aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal, representa un ejemplo emblemático y al mismo tiempo nos demuestra que: «Para que exista confianza mutua, es oportuno que los Estados miembros confirmen una serie estándar de garantías procesales para sospechosos e inculcados»⁷⁷⁹. Las posiciones adoptadas en estos años por los tribunales

⁷⁷⁹ Libro Verde de la Comisión sobre Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea, cit., p. 9.

constitucionales europeos ofrecen una confirmación ulterior de los límites de esta técnica y de sus instrumentos de actuación.

Y por último, se ha analizado la técnica de la armonización a través de las directivas europeas. Al respecto, es importante considerar que el proceso de construcción de un sistema común de derechos y garantías de las personas implicadas en un procedimiento penal en la UE, a través de la elaboración de normas comunes, ha sido largo y complejo, y difícil ha sido llegar a punto de encuentro y a una definición generalmente compartida de las distintas técnicas y mecanismos a través de los que proceder a la elaboración de estándares europeos. Para la concreción de este objetivo, las instituciones de la UE necesitaban resolver algunas cuestiones preliminares: ante todo, era necesario individualizar la técnica más eficaz y efectiva para favorecer la construcción de un marco común de protección de los derechos del justiciable y, luego, resolver el problema concerniente a la fuente normativa a adoptar, es decir el tipo de acto normativo más idóneo para alcanzar dicho objetivo, y al nivel de protección que dicho acto hubiera tenido que garantizar.

En lo que concierne a la primera cuestión, tras considerar las técnicas de la asimilación, de la unificación o estandarización y de la armonización, el Tratado de Lisboa optó finalmente por esta última. El establecimiento de un marco mínimo común se configura como un instrumento para alcanzar el objetivo político de la integración. En este sentido, la armonización implica diferencias y mediante la armonización tales diferencias se reducen pero no se eliminan, como ocurre en el caso de la unificación.

Finalmente, el Tratado de Lisboa ha legitimado a la UE a armonizar, mediante «disposiciones mínimas comunes», «los derechos de las personas durante el procedimiento penal» (art. 82 TFUE), bajo la forma de directivas, adoptadas por el Parlamento y el Consejo, atendiendo al procedimiento legislativo ordinario, desde la premisa de la interrelación existente entre el

principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» en asuntos penales con dimensión transfronteriza (art. 82.1 TFUE). De esta forma, el art. 82 TFUE se convierte en la base legislativa que permite desarrollar los derechos fundamentales del justiciable, reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, que en este sentido representa la base constitucional.

¿Pero cuál ha sido el razonamiento que ha llevado a las instituciones europeas a optar por la técnica de la armonización de mínimos, mediante el instrumento de las directivas? Ante todo, las instituciones europeas han constatado la insuficiencia del CEDH, porque aunque todos los Estados de la UE sean parte del CEDH, «la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros»⁷⁸⁰; ni tales normas se aplican correctamente⁷⁸¹.

Por otra parte, también se ha constatado que el TEDH, a pesar de los estándares comunes en dicho ámbito consagrados por el CEDH y reiterados en otros documentos en materia de protección de los derechos humanos de carácter supranacional, no puede asegurar por sí solo una protección plenamente homogénea de tales derechos procesales en todas sus dimensiones, puesto que en la práctica los niveles de aplicación de tales estándares difieren notablemente en los distintos Estados y también las garantías de control concernientes a su aplicación son fragmentarias y actúan *ex post*, es decir cuando la presunta vulneración de tales derechos se someta al juicio del mismo TEDH. Además, un mayor desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas en el CEDH, en la Carta y en el Pacto beneficiará también a la cooperación judicial, reforzando una cultura de los derechos fundamentales en la UE y contribuyendo a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos dentro del

⁷⁸⁰ Directiva 2013/48/UE, cit., considerando n. 5.

⁷⁸¹ *Ibidem*, considerando n. 6.

territorio de los Estados miembros. Por todo ello, se pensó que para favorecer una aplicación coherente en todo el territorio de la Unión de los tales estándares, la armonización de los derechos procesales hubiera tenido que llevarse a cabo de forma eficaz y efectiva a través de las directivas.

A continuación, una vez constada la necesidad de desarrollar las normas contenidas en los textos supranacionales en materia de protección de los derechos fundamentales y tras optar por el instrumento de las directivas, las instituciones europeas se han preocupado por individualizar el tipo de armonización a adoptar para conseguir el objetivo propuesto, esto es, si adoptar una armonización extensiva, de mínimos, o una armonización plena. Mediante la primera técnica, por la que se ha finalmente optado, las directivas se proponen establecer un marco mínimo común, una base jurídica sustancial, vinculante para los Estados miembros de la UE, que deberá tender a la consecución de un objetivo homogéneo, aunque deja un margen de actuación a los Estados miembros con respecto a la forma y a los medios a través de los que alcanzar dichos objetivos, legitimándolos a elevar el estándar de tutela previsto en tales medidas. En este sentido, los Estados miembros de la UE, aunque tengan la obligación de alcanzar los objetivos fijados en los actos europeos, disponen de un margen de discrecionalidad que les permite modular sus actuaciones para que sean respetuosas con sus tradiciones y las especificidades de sus sistemas jurídicos y para permitirles mantener su identidad y adaptarse fácilmente al nuevo marco común.

La finalidad de tales normas mínimas es «extender» la protección jurisdiccional de las personas involucradas en un procedimiento penal, porque sospechosas o acusadas de haber cometido un supuesto típico delictivo en el territorio de la UE, asegurando el derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías en condiciones de igualdad. Y aunque la técnica de la armonización extensiva o de mínimos arriesga reservar una autonomía bastante amplia a los Estados a la hora de definir los conceptos y las categorías

contenidos en las Directivas, manteniendo diferencias en muchos casos profundas entre los distintos ordenamientos; por otra parte, obliga a los Estados a reconocer en sus ordenamientos internos, mediante la transposición de lo dispuesto en las directivas, los denominados derechos procesales «básicos» o, de todas formas, a adoptar, si no lo hubieran hecho antes, todas las medidas necesarias para alcanzar el nivel mínimo de protección contemplado en tales medidas. Y en este sentido, se ha procedido a regular el derecho a un traductor o el derecho a la información de los propios derechos procesales, derechos estos cuyo carácter fundamental hasta el momento se había deducido implícitamente de la jurisprudencia del TEDH, mediante una interpretación sistemática del CEDH.

La voluntad política de los Estados de la UE de avanzar en el camino hacia la creación de un verdadero espacio europeo de justicia ha tenido su primera concreción con la adopción, el 20 de octubre de 2010, de la primera de las medidas previstas en el Plan de trabajo: la Directiva sobre el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales en la Unión Europea, mediante la cual la UE ha pretendido establecer normas mínimas relativas al derecho a la interpretación y traducción. La adopción de la primera de estas medidas impulsó también la tramitación y posterior adopción del Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención, de 14 de junio de 2011; de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales y de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención.

Tales directivas representan sin duda un avance importante en el camino hacia la adopción de estándares mínimos uniformes en el ámbito de la UE en lo que se refiere a los derechos fundamentales de incidencia procesal. En tales textos normativos de alcance europeo se establecen normas y estándares

mínimos para garantizar respectivamente el derecho a un intérprete y a un traductor, el derecho a recibir información sobre sus derechos fundamentales de incidencia procesal y sobre las acusaciones formuladas contra ellos, y el derecho a la defensa, derechos fundamentales que corresponden a todas las personas implicadas en un procedimiento penal celebrado en la UE.

De tal forma, se permitirá, sin duda, reforzar la cooperación judicial entre los Estados que la integran en un clima de confianza recíproca, contribuyendo a reducir las distancias entre los distintos sistemas judiciales penales y, de tal forma, a aproximar las normas sustantivas de procedimiento, que afectan a los derechos procesales básicos. Estableciendo un «modelo de mínimos», la UE pretende sentar las bases para una regulación y aplicación uniforme del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en sus Estados miembros, avanzando en la construcción de un espacio de justicia penal europeo.

Sin embargo y al margen de que la efectividad de las presentes Directivas se evaluará, sin duda, a la luz de la experiencia práctica adquirida, del análisis de tales medidas se puede deducir que el legislador europeo ha intentado mantener un equilibrio entre los varios niveles de protección de los derechos fundamentales, limitándose a establecer algunos estándares mínimos para una regulación uniforme de tales derechos, la cual sin embargo requiere la necesaria colaboración y cooperación de los Estados miembros para dotar al sistema de efectividad y también por supuesto la adopción de medidas ulteriores en dicho ámbito.

De todo ello, se puede concluir afirmando que la construcción de un proceso penal europeo, basado en un conjunto de estándares mínimos uniformes generalmente compartidos por los Estados miembros de la UE es un proceso *in itinere*, que se alimenta de las tendencias procedentes de los distintos niveles y espacios constitucionales en los que el sistema se articula: el espacio

constitucional nacional, el espacio constitucional europeo y el espacio constitucional internacional. Desde los comienzos del proceso de integración europeo muchos han sido los avances realizados, aunque mucho camino queda por recorrer.

La interacción y el diálogo entre los jueces europeos y el uso de los distintos mecanismos y técnicas de integración representan la manifestación tangible de la voluntad de los Estados miembros de la UE de seguir hacia adelante, para que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la UE no sea abstracta e ilusoria sino real y efectiva.

Conclusiones

I. Este trabajo de investigación dedicado a la Justicia Penal en la Unión Europea en relación con la progresiva armonización de los derechos del justiciable se estructura en dos partes. La primera parte analiza las tendencias actuales del *ius puniendi*, que han llevado a su constitucionalización en el ámbito de los distintos espacios de regulación y protección de los derechos fundamentales, y su incidencia en la construcción de un derecho penal común europeo; la segunda se ocupa de las distintas técnicas de integración utilizadas para favorecer el desarrollo de este proceso.

En particular, en el Capítulo I de la Primera Parte, sobre la constitucionalización del *ius puniendi* en los Estados miembros de la UE, se ha pretendido indagar y comprender desde la perspectiva histórica y acudiendo al método jurídico comparado, el porqué los modernos Estados Constitucionales de Derecho han advertido la necesidad de recoger en sus Constituciones los derechos y principios fundamentales del proceso penal.

Dicha perspectiva ha permitido, por un lado, individualizar los elementos de continuidad y las diferencias que el modelo de *ius puniendi* típico del Estado constitucional de Derecho presenta respecto a los modelos que se han consolidado a lo largo de la historia y, por otra parte, ha constituido la premisa para comprender las bases y el fundamento de este nuevo modelo procesal penal y la función que en dicho proceso ha desarrollado la Constitución.

De este análisis, se han individualizado los siguientes modelos de Constitución procesal penal: el «modelo prebélico», el modelo procesal penal de las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional y el

modelo procesal penal de los países de Europa del Este, correspondiente al tercer periodo de transición.

El «modelo prebélico» incluye las Constituciones adoptadas antes de la Segunda Guerra Mundial y aquellas que aunque se adoptaron posteriormente no han supuesto una fractura con el anterior régimen, esto es el caso de Irlanda, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Austria, Suecia y Dinamarca. Tales textos se caracterizan por un rasgo material común: la ausencia de un reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva y de los derechos de la defensa. En este grupo se puede incluir también al Reino Unido, por no disponer de una Constitución formal, escrita, ni de un código procesal penal propiamente dicho, aunque este Estado cuente con una cultura que se ha consolidado a lo largo de los siglos en materia de protección de los derechos fundamentales.

Por otra parte y en lo que concierne al modelo procesal penal de las Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional, se individualizan dos tipos: las Constituciones que siguen el modelo prebélico, es decir Francia, Alemania y Grecia, y el «modelo de cláusula general», común a Italia, España y Portugal, cuyas Constituciones enuncian el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, concibiéndolo como una categoría general y omnicompreensiva que constituye la base de los demás derechos procesales.

Y por último, se ha procedido a analizar las Constituciones del tercer periodo de transición constitucional, adoptadas tras la caída del muro de Berlín, distinguiendo tres tendencias. Un primer grupo comprende aquellos Estados que han intentado dar una cierta continuidad al modelo de cláusula general, como la República Checa, Lituania y Finlandia. Un segundo grupo reúne aquellos Estados, como Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia, Chipre y Malta, que, aunque partan de la cláusula general del derecho a la tutela judicial efectiva, enuncian un catalogo amplio de garantías, llegando en algunos supuestos a

alcanzar los caracteres de un mini-código de enjuiciamiento criminal. De dicha técnica se puede entrever el esfuerzo de tales Estados de adaptarse a los estándares europeos e internacionales, reafirmando algunos principios fundamentales. En cambio, el tercer modelo, en el que se incluye a Bulgaria, Rumanía y Hungría, se caracteriza por la existencia de una falla entre el contenido de los preceptos normativos y su efectiva aplicación.

Al respecto, piénsese que en Rumanía, a pesar de su adhesión al CEDH desde 1994, el derecho a la tutela judicial efectiva se constitucionalizó solo en 2003. La Constitución de 1991 no lo contemplaba expresamente aunque se podía considerar implícito en algunas de las garantías enunciadas. Y también el principio de separación de poderes se constitucionalizó solo en 2002. Más singular aun en el panorama europeo es el caso de Hungría, cuya Constitución, reformada en abril de 2011 y en vigor desde 2012, contiene disposiciones de las que se detecta el intento de alterar el equilibrio de poderes, en perjuicio del correcto desempeño de la función judicial.

La necesidad de distinguir, de manera especial, entre Constituciones del primer y segundo periodo de transición constitucional, por un lado, y las que son el producto del tercer periodo de transición constitucional responde a la necesidad de reconocer las distintas raíces históricas y culturales entre los países pertenecientes a estos dos bloques, yendo más allá del dato puramente literal. Al desarrollo analítico de la mayoría de las disposiciones en materia procesal penal recogidas en las Constituciones de los Países del Este, en realidad, no corresponde una cultura consolidada en materia de justicia y en general de protección de los derechos fundamentales; todo ello responde más bien a la exigencia de marcar un cambio definitivo respecto a un pasado autoritario, otorgando a tales principios, en virtud de su reconocimiento en un texto de carácter supralegal, un nivel superior de seguridad jurídica.

II. En cuanto a los rasgos comunes a los distintos Estados miembros de la UE en dicho proceso, se observa que la constitucionalización del *ius puniendi* ha empezado a tener concreción solo después de la Segunda Guerra Mundial y ha sido impulsado por la necesidad de romper con un pasado autoritario y de abrir un nuevo capítulo en la historia del constitucionalismo, determinando una auténtica revolución, que ha tenido una incidencia profunda en sus categorías e institutos principales así como en todas las fases de su desarrollo, en sus niveles de regulación y en su aplicación judicial-hermenéutica. En dicho marco, a pesar de las importantes diferencias desde el punto de vista histórico y político-institucional entre los distintos Estados o modelos de justicia penal, la Constitución ha desempeñado una función de unidad y sistema.

En este sentido, la constitucionalización del *ius puniendi* no responde solo a la exigencia de garantizar la seguridad y el orden público, sino a la necesidad de configurar una nueva imagen del derecho penal como límite e instrumento de libertad. En el proceso penal el derecho subjetivo a la libertad personal, que la defensa ha de hacer valer, se contrapone al derecho del Estado, es decir de la parte acusadora, a enjuiciar y, en su caso, imponer una pena en defensa de la seguridad y del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, aunque el Estado, en virtud de su legitimación *ex Constitutione*, pueda imponer límites a la libertad, con el fin de asegurar el orden jurídico constituido y garantizar la democracia y la paz social, deberá en todo caso evaluar y ponderar adecuadamente tales exigencias con los derechos fundamentales de las personas implicadas en el proceso penal, tanto los derechos del imputado, como los derechos de la víctima. De tal forma, el derecho procesal penal asume la función no solo de límite a la libertad en aras a la garantía de la seguridad pública, sino de instrumento de garantía de la libertad y de su efectiva protección frente a los arbitrios procedentes del poder estatal.

Por lo tanto, aunque el derecho procesal penal en los modernos Estados constitucionales de Derecho siga teniendo la función clásica de inducir al individuo a abstenerse de interferir indebidamente en la esfera jurídica de los demás, mediante la amenaza de una sanción predeterminada por la ley, poniendo «límites a su libertad» (*ius puniendi*-límite de la libertad), ahora pretende garantizar también la libertad de los demás y asegurar la tutela de bienes constitucionalmente orientados. De ahí, la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre las exigencias de seguridad y el respeto a la persona humana, que desde una perspectiva antropocéntrica y en virtud del principio personalista es considerada titular de un valor mínimo irreductible, la dignidad humana.

Y por último, es importante considerar que con el reconocimiento y la recepción en las Constituciones nacionales de los Estados europeos de las garantías procesales, es decir el conjunto de libertades, principios rectores y derechos que afectan al ámbito procesal penal, estas ya no se conciben, desde una perspectiva iuspositivista, como una concesión, una autolimitación del Estado, sino que desde una perspectiva iusnaturalista adquieren el rango de derechos públicos subjetivos de carácter procesal, dotados de «sustantividad propia», de «efectividad inmediata» y de un contenido mínimo constitucionalmente protegido, que se configura como garantía de su existencia, un elemento subyacente e inherente al ordenamiento estatal vigente. De tal forma, las garantías procesales contribuyen a la definición de la forma de Estado y a la legitimación del poder político.

III. Una vez analizados en el Capítulo I de este trabajo de investigación los principales aspectos de la constitucionalización del *ius puniendi* en el ámbito de los Estados miembros de la UE, el Capítulo II se ha ocupado de la construcción de un derecho penal más allá del Estado, que ha llevado a la «internacionalización» y «europeización» del *ius puniendi* (o mejor dicho a la «constitucionalización» del *ius puniendi* en el ámbito internacional y europeo).

Con respecto a los presupuestos histórico-políticos de un derecho procesal penal más allá del Estado, es oportuno considerar que el proceso de institucionalización de una jurisdicción penal internacional empezó a tener concreción solo después de la Segunda Guerra Mundial.

Desde este momento los Estados superaron progresivamente sus tradicionales reticencias y tomaron conciencia de la necesidad de instituir formas de cooperación, coordinación y colaboración de carácter supraestatal, siendo deber de todos «los Estados ejercer la jurisdicción penal sobre los autores de crímenes internacionales». De tal forma, se quería evitar que tales crímenes y atrocidades volvieran a repetirse y que los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto y que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, se queden impunes y sin castigo.

Dicho proceso culminó con la adopción, el 17 de julio de 1998, del Estatuto de Roma, en vigor desde el 1º de julio de 2002, por el que se instituye la Corte Penal Internacional, el primer instrumento de tutela jurisdiccional supranacional, de carácter permanente, naturaleza penal e independiente, con vocación de universalidad y complementaria respecto de las jurisdicciones de sus Estados miembros, facultada para enjuiciar a los supuestos responsables, sin distinción por el cargo, de los crímenes considerados más graves, los denominados *core crimes*, para la Comunidad Internacional en su conjunto: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art. 5 ER).

La adopción del Estatuto de Roma ha representado sin duda un importante «momento constitucional», siendo su misma institución el fruto de la manifestación de la soberanía de los Estados y, en definitiva, de la Comunidad Internacional en su conjunto, que ha demostrado su compromiso y apuesta hacia una justicia penal universal.

Este «orden cosmopolita» se desarrollaría a partir de la categoría fundamental de la dignidad humana. Esta se concibe como un fin en sí mismo, intrínseco e inherente al ser humano en cuanto tal, cuyo respeto es la base para alcanzar la «paz eterna» como fuente de derechos humanos fundamentales, de valores universalmente compartidos, que en el marco de un sistema de protección de los derechos fundamentales multinivel requieren de mecanismos que les otorguen una protección adecuada.

De ahí, la necesidad para los Estados de dotarse de una propia Constitución en la que se defiendan los valores fundamentales de la democracia, de mecanismos de cooperación interestatales y como extrema ratio de un derecho penal reconocido interculturalmente y universal. Solo de tal forma, se puede alcanzar un orden jurídico global constitucionalizado, una comunidad cosmopolita de los ciudadanos del Mundo, a la que estarían sometidos también los Estados y cuyo fundamento se individualiza precisamente en los derechos humanos, en los valores y principios generales universalmente compartidos por su carácter fundamental. En este orden, la Comunidad Internacional, a través de la CPI asume un papel fundamental, convirtiéndose en el titular del *ius puniendi* internacional.

IV. Y por último, si analizamos su sistema jurisdiccional, se observa que la CPI se nos propone no solo como un modelo de justicia supranacional, innovador, que representa la síntesis, la fusión entre los distintos modelos de justicia presentes en la Comunidad Internacional, tanto los sistemas de *Common Law*, como los de *Civil Law* y de los países del área iberoamericana, sino también como un modelo para el progresivo establecimiento de un espacio judicial penal de carácter europeo, en el que se han de establecer estándares mínimos de garantía concernientes a los derechos fundamentales de carácter procesal, que sean vinculantes y eficaces en todos los Estados miembros de la UE.

En particular, en lo que se refiere a los derechos del justiciable, es interesante observar que la CPI se configura como un modelo de justicia completo y respetuoso con los derechos fundamentales, en el que se puede observar la influencia del CEDH y de las Constituciones nacionales. Al respecto, es oportuno precisar que aunque es evidente la influencia ejercida por los arts. 5 y 6 del CEDH, los cuales enuncian, respectivamente, el derecho a la libertad y seguridad y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y por la jurisprudencia dictada al respecto por el TEDH, el Estatuto de Roma ha conseguido ir más allá.

Piénsese que ni el CEDH ni los artículos 47 y 48 de la Carta establecen expresamente el derecho a un traductor o el derecho a ser informado de los propios derechos procesales. El Estatuto de Roma los reconoce, en cambio, en los arts. 55 y 67 relativos a los derechos de las personas en las investigaciones y en el proceso penal propiamente dicho.

Por otra parte, en lo que concierne a la influencia ejercida por las Constituciones de los Estados miembros de la UE, se observa que el ER se inspira en un modelo constitucional procesal en el que se pretende desarrollar los derechos fundamentales de forma tendencialmente analítica con el fin de definir en forma expresa los derechos del justiciable.

En este sentido, es evidente que el ER representa para los Estados de la Comunidad Internacional en su conjunto y en modo especial para los Estados del espacio judicial europeo un modelo a seguir en la conformación y definición de estándares mínimos uniformes que garanticen una protección plena de los derechos fundamentales de naturaleza procesal considerados «básicos».

V. Tras el análisis del proceso de construcción de un derecho penal más allá del Estado en el ámbito internacional, se ha procedido a estudiar la función constitucional del derecho procesal penal europeo, profundizando en sus fines y

en el sistema europeo de cooperación judicial, el cual ha proporcionado los mecanismos para su desarrollo a lo largo del proceso de integración.

Con respecto a sus fines, se constata que la institución de un derecho procesal europeo de carácter penal –o mejor dicho su constitucionalización–, basado en un conjunto de garantías procesales comunes a sus Estados miembros, tiene dos objetivos: dotar a los ciudadanos de la UE y a los extranjeros que circulen en dicho espacio de un «estatuto procesal», equivalente y comparable en los 28 Estados miembros, y elaborar una respuesta adecuada para enfrentarse a la circulación de la criminalidad, mediante el refuerzo de la coordinación y de la integración entre los aparatos de control y judiciales de los Estados.

Con respecto al primer objetivo, se parte de la premisa de que la libertad «necesita un auténtico espacio de justicia en el que los ciudadanos puedan acudir a los tribunales y a las autoridades de cualquier otro Estado en las mismas condiciones que en su propio país» (Conclusiones del Consejo de Tampere), con el fin de que los derechos inviolables y las libertades fundamentales reconocidos abstractamente sean tutelados también de forma plena, efectiva y uniforme en todo el territorio de la Unión Europea.

Tales derechos deben ser reconocidos y protegidos, de acuerdo con la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, niveles y espacios constitucionales por los ordenamientos nacionales, el ordenamiento europeo y el internacional, a través de un conjunto normativo mínimo común con eficacia vinculante *erga omnes* en todo el territorio de la Unión, con el fin de superar las «distancias culturales y geográficas» entre los Estados miembros. Pero también es necesario que adquieran efectividad desde un punto de vista concreto-procesal, a través de su uniforme interpretación y aplicación por parte de los jueces europeos y del diálogo y de la colaboración entre los órganos que integran su sistema de justicia en el respeto a mecanismos o técnicas de cooperación judicial en materia penal.

En todo ello, además, hemos de tener en cuenta que en la mayoría de los supuestos delictivos con elementos de extraterritorialidad, las personas sospechosas o acusadas de haber cometido un crimen se encuentran en un territorio extranjero y desconocen el idioma o el sistema jurídico de tal ordenamiento. Asimismo la persona implicada puede que se encuentre muy lejos del órgano jurisdiccional que ha adoptado el acto de ejecución del que es el destinatario y por eso no puede defenderse adecuadamente.

Pero también, hay que tener en cuenta que, una vez finalizado el enjuiciamiento, todo individuo, en virtud del principio del *ne bis in idem*, que es una manifestación tangible de la tutela judicial efectiva de los particulares frente al ejercicio del *ius puniendi*, derivada del derecho al proceso debido y al juicio justo, debe saber que una vez condenado y cumplida la pena, o en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, puede desplazarse dentro de este espacio, sin correr el riesgo a que en otro se le persiga, alegando que aquel comportamiento integra en su sistema jurídico un supuesto típico delictivo distinto.

Por otra parte, en relación con el objetivo relativo a la necesidad de elaborar una respuesta adecuada para enfrentarse a la circulación de la criminalidad, se constata que la supresión de las fronteras y la libre circulación de las personas han determinado no solo el incremento exponencial de la movilidad de las personas en la UE, sino que han favorecido también el desarrollo de formas de criminalidad organizada y de la comisión de graves crímenes caracterizados por elementos de extraterritorialidad, cuyos efectos superan, por lo tanto, las fronteras nacionales, generando una elevada inseguridad en el territorio de la UE y poniendo en peligro sus intereses fundamentales.

Por todas estas razones, los Estados miembros de la UE se han dado cuenta de la necesidad de desarrollar mecanismos de cooperación judicial en

materia penal que permitan, mediante la aproximación y la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros de la UE, establecer un marco mínimo y contribuir a eliminar los eventuales conflictos de leyes y de jurisdicción, colmando las lagunas eventualmente presentes.

VI. Para comprender cómo el espacio europeo de justicia penal se ha desarrollado y consolidado y cuáles son los límites que todavía lo afectan, en la segunda parte de esta Tesis se ha procedido al análisis de las principales técnicas y mecanismos de integración, los cuales interactúan recíprocamente. Entre las técnicas y modelos de integración, se ha profundizando en el papel desempeñado por el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los justiciables y su interpretación, respectivamente, por el TEDH y el TJUE (Capítulo III). Después, se ha indagado la incidencia del principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el ámbito penal, en relación con los actos de Derecho derivado en dicho ámbito, a partir de la euro-orden, y de las directivas europeas adoptadas recientemente sobre los derechos procesales, por su carácter funcional a la armonización de tales derechos (Capítulo IV).

Desde un punto de vista metodológico, en cada modelo o técnica de integración se ha intentado individualizar su presupuesto y legitimación político-constitucional y la operatividad práctica, con la finalidad de averiguar el grado de incidencia de tales técnicas en la configuración de un espacio europeo de justicia penal basado en estándares mínimos comunes, generalmente compartidos por los Estados miembros de la UE, las posibilidades y los límites que las caracterizan.

En lo que se refiere al papel del CEDH en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los justiciables, el art. 6 CEDH, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, es sin duda una de las disposiciones más importantes de todo el articulado del

Convenio y también una de las más invocadas en los juicios ante el TEDH. Los derechos del justiciable amparados por este artículo constituyen el *estándar* mínimo de garantía para el justiciable.

Aunque aparentemente de simple comprensión, el art. 6 CEDH presenta una estructura compleja, articulada en tres apartados, en los que se reconocen las categorías estructurales, en torno a las que el derecho a un proceso equitativo se desarrolla, es decir: a) el derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso equitativo (primer apartado), b) el derecho a la presunción de inocencia (segundo apartado) y c) los derechos de la defensa (tercer apartado).

En dicho marco, el TEDH, mediante la interpretación y aplicación del CEDH y de sus Protocolos, a partir de los casos concretos (*case law*), que cada vez se le han ido presentando, ha desarrollado, en virtud de su *ratio decidendi* y de la autoridad del precedente, un verdadero papel armonizador, que ha permitido crear un marco común de tutela también en materia de justicia penal.

Tales estándares, a su vez, han podido circular gracias a la «batalla permanente», a la que se enfrenta el TEDH con los demás órganos jurisdiccionales, que integran el sistema europeo. Esta batalla caracterizada por una tensión dialéctica constante entre los distintos niveles en los que el sistema se articula, en algunos casos, ha permitido reforzar el diálogo judicial europeo y, otras veces, en cambio, ha generado choches y conflictos, dejando al ordenamiento ante un equilibrio inestable.

El enfoque sustancial del *case-law*, de la «lógica por armonización de los problemas» utilizado por el TEDH, que responde a exigencias de garantía, está funcionalmente orientado a encontrar una solución de síntesis a través de una fusión de modelos con el objeto de alimentar el carácter dinámico, que caracteriza este proceso circular para superar las diferencias existentes entre las distintas tradiciones constitucionales. De tal forma, se pretenden alcanzar

estándares de tutela comunes funcionales a la consolidación de un sistema armónico e integrado, pero también se impulsa a los Estados partes a que se conformen a sus pronunciamientos en una actitud dialogante.

En este sentido y desde una perspectiva multinivel de protección de los derechos fundamentales, esto es considerando las interrelaciones normativas entre los distintos espacios de garantía, se puede concluir que la efectividad de la tutela judicial en cada supuesto es el fruto de una combinación virtuosa que requiere una comparación entre los distintos niveles de protección (el nivel nacional, el nivel propiamente europeo y el nivel europeo-convencional) al fin de alcanzar «la máxima expansión de las garantías», también a través del desarrollo de las potencialidades ínsitas en las normas constitucionales que tienen por objeto los mismos derechos.

Con respecto a su operatividad, el papel armonizador del TEDH se ha llevado a cabo a partir de un análisis comparativo de los distintos sistemas jurídicos de los Estados signatarios del CEDH, a través de las técnicas de las categorías autónomas y de las sentencias piloto, las cuales, dejando a los Estados signatarios un cierto margen de apreciación, han facilitado la penetración de los estándares mínimos ahí establecidos en los ordenamientos nacionales y han permitido coordinar los distintos niveles de protección, en el respeto a las diversidades y especificidades de todo Estado miembro del Consejo de Europa. De tal forma, el TEDH ha sabido desarrollar plenamente las potencialidades y la vis expansiva del CEDH, permitiendo a este último ir más allá de las Constituciones nacionales y convertirse en el instrumento de vértice del garantismo penal.

El análisis del «caso español» y del «caso italiano» nos ofrece un ejemplo interesante de cómo el CEDH y la jurisprudencia del TEDH han conseguido penetrar en el ordenamiento interno de estos Estados, llevando no solo al progresivo reconocimiento de su carácter vinculante y al contextual

replanteamiento de su sistema de fuentes, sino también, a través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna, a la modificación de su sistema penal (material y procesal).

VII. La segunda técnica analizada en el Capítulo III de la segunda parte, dedicado a la integración mediante el reconocimiento de derechos fundamentales es la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La Carta, desde su proclamación en Niza, el 7 de diciembre de 2000, a pesar de no tener hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa valor jurídicamente vinculante, ha desempeñado una función armonizadora y de síntesis, trazando las líneas de desarrollo de un modelo de proceso penal o, al menos de un «proceso penal de inspiración europea».

Dicho documento, que ya en su Preámbulo adopta una perspectiva eminentemente antropocéntrica, considerando al individuo y la protección de sus derechos fundamentales el centro de la actuación de la UE, dedica una sección específica, el Título VI, a la Justicia (art. 47 a 50). En tales artículos, cuya premisa se puede individualizar en el art. 6 de la Carta, que enuncia el derecho a la libertad y a la seguridad, se reconocen los siguientes derechos y principios fundamentales de naturaleza procesal: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47 Carta), el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa (art. 48 de la Carta), los principios de legalidad en materia penal y de proporcionalidad de los delitos y de las penas (art. 49 de la Carta) y el derecho del justiciable a no ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley (art. 50 de la Carta).

El reconocimiento de tales derechos en la Carta les concede un status materialmente constitucional, una sustantividad y una esencia propia y un carácter autónomo (Conclusiones del Abogado Gen. P. Cruz Villalón, *Brahim Samba Diouf*, cit., apartado 39). En este sentido, los artículos 47 y 48 de la Carta

se pueden considerar como la «base sustantivo-constitucional» de tales derechos y el art. 82 del TFUE como la base jurídica para su desarrollo que legitima al legislador europeo a adoptar normas en materia de derechos procesales, estableciendo un marco normativo mínimo común y facilitando la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros de la UE.

El contenido y el alcance jurídicos de los arts. 47 y 48 en su relación con el art. 53 de la Carta, que define el nivel de protección de los derechos protegidos por la Carta, han sido precisados, por primera vez, por el TJUE en la interesante y al mismo tiempo controvertida sentencia *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, con la que el Tribunal de Justicia de la UE responde al primer reenvío prejudicial planteado por el Tribunal Constitucional español.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Justicia parte de la premisa de la existencia de una pluralidad de fuentes para la protección de los derechos fundamentales, que vinculan en diversa medida a los Estados miembros. Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, la Carta no se puede considerar como un instrumento exclusivo y aislado de protección de tales derechos, puesto que se encuentra a coexistir y coordinarse con una pluralidad de fuentes, ni puede garantizar un nivel de tutela inferior respecto al grado de protección derivado de esas diferentes fuentes en sus ámbitos respectivos de aplicación, más bien deberá ser interpretada sistemáticamente junto a las demás fuentes, tanto nacionales como internacionales, ante todo el CEDH.

Por lo tanto, la Carta no constituye una amenaza para los Estados, puesto que no determinará ni un rebasamiento de la tutela de los derechos fundamentales, ni vulnerará las identidades nacionales, ni afectará al papel de los tribunales nacionales, más bien contribuirá a definir las relaciones entre la pluralidad de fuentes, órganos jurisdiccionales y espacios constitucionales que integran la UE, consolidando su pluralismo interno hacia un cosmopolitismo de los derechos humanos también en el ámbito penal. Por todo ello y con el objeto

de consolidar el sistema judicial europeo, los Estados no pueden imponer «su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales», sino que deberán «moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal».

VIII. Después se ha analizado, en el marco de las técnicas de integración funcionalmente orientadas hacia la armonización el principio del reconocimiento mutuo, que constituye la piedra angular de la cooperación judicial, y las directivas. El principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judicial fue formulado y aplicado, por primera vez, por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Cassis de Dijon* (TJ, 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78) en el ámbito del primer pilar con vistas a la consolidación de un mercado común europeo, considerándolo como la alternativa más razonable a la armonización.

Y tras su formulación pretoria ha sido transpuesto progresivamente al ámbito de la cooperación judicial en materia penal, con el objetivo de impulsar la consolidación de un espacio de justicia propiamente europeo, basado en la libre circulación de las sentencias y resoluciones judiciales, de las pruebas y de datos relevantes a los efectos del desarrollo y tramitación de los procesos penales celebrados en los países de la UE.

La introducción de este mecanismo en el ámbito penal ha supuesto un importante replanteamiento de las principales categorías que han regido tradicionalmente el ejercicio del *ius puniendi*, tanto en lo que concierne a su carácter exclusivo, en cuanto de monopolio de los Estados, y al concepto de soberanía nacional en relación con el principio de territorialidad del derecho penal, así como al carácter intergubernamental de la cooperación judicial.

En el ámbito de relevancia penal, el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales implica que, cuando una autoridad judicial, en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones transnacionales, adopta una resolución con

arreglo a su Derecho interno, dicha resolución será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá efectos directos, plenos y equivalentes, o al menos similares en todo el territorio de la Unión.

Las ideas fundamentales en torno a las que se desarrolla el principio del reconocimiento mutuo son la reciproca confianza entre los Estados miembros de la UE y el principio de equivalencia. Por un lado, el concepto de confianza mutua debe entenderse no solo en términos de conformidad, sino también de correcta aplicación de las normas por parte de los demás Estados. En este sentido, confianza mutua y armonización van de las manos: la primera constituye el presupuesto para proceder a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia penal; pero a la vez, la armonización contribuye a reforzar la confianza en los demás ordenamientos.

Por otra parte, en virtud del principio de equivalencia, las distintas normativas internas relativas al conjunto de garantías y recursos jurisdiccionales a los que el particular puede acudir deben ser consideradas funcionalmente equivalentes, es decir deben garantizar un nivel de protección comparable, de cara a satisfacer los preeminentes valores e intereses jurídicos en juego. Todo esto, por supuesto, sin perjuicio de la mayor o menor conveniencia de aproximar los sistemas punitivos nacionales.

El que las legislaciones del Estado requirente (Estado de emisión) y del Estado requerido (Estado de ejecución) sean funcionalmente equivalentes no significa que sean completamente idénticas, sino solo que garanticen un nivel de protección similar y que las garantías procesales y los principios fundamentales de los distintos sistemas de justicia de los EEMM respondan a un marco mínimo común y a intereses y objetivos compartidos. De tal forma, se pretende preservar las especificidades y peculiaridades propias de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas en materia de justicia penal, que caracterizan a sus Estados miembros y que son expresión de su identidad nacional.

Sobre la base de esta idea de equivalencia y de la confianza en que se funda, los resultados alcanzados en el otro Estado pueden surtir efecto en la propia esfera de influencia jurídica. Por lo tanto, una resolución adoptada por una autoridad en un Estado podría aceptarse como tal en otro Estado, aunque en éste ni siquiera exista una autoridad comparable, o no pueda tomar tales resoluciones, o hubiera tomado una resolución enteramente diferente en un caso comparable. Esto significa que se sigue admitiendo la existencia de diferencias entre los distintos ordenamientos que componen la UE, siempre y cuando todo esto no afecte a los principios fundamentales sobre los que la UE se asienta.

Por otra parte, no hemos de olvidar la interrelación entre el principio del reconocimiento mutuo y el *ne bis in idem*, puesto que el reconocimiento de los efectos de la sentencia dictada por la autoridad extranjera, son susceptibles de extenderse más allá del Estado que ha emitido la decisión. En este sentido, en virtud de la autoridad de la cosa juzgada, cuando determinadas personas hayan sido objeto de una resolución sobre determinados hechos y normas jurídicas aplicables, se prohíbe instaurar nuevos juicios contra el mismo sujeto para los mismos hechos objeto de la decisión reconocida. Esto significa que no solo las personas no podrán ser juzgadas dos veces por el mismo supuesto de hecho sino que tampoco se podrá volver a poner en discusión la decisión en cuestión y se impedirá que el reo quede impune.

Sin embargo, el principio del reconocimiento mutuo en materia penal ha planteado y sigue planteando serios problemas de constitucionalidad y de aplicación práctica. El instituto de la orden de detención europea, regulado por 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, que constituye el primer instrumento de concreción y aplicación de este principio en el ámbito penal, representa un ejemplo emblemático al respecto.

Este instrumento, al margen de su importancia en la construcción de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia armonizado, ha planteado y sigue planteando importantes problemas en orden a su implementación en los ordenamientos internos, que han llevado a los tribunales constitucionales nacionales a evaluar la conformidad de tal instituto y del contenido de las leyes que lo han desarrollado a sus respectivas Constituciones. Del análisis de algunos de los principales pronunciamientos de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros de la UE sobre asuntos concernientes a la euro-orden, se observa la tendencia a poner de relieve su función de garante último de los derechos fundamentales y del orden constitucional interno.

IX. Y por último, en este trabajo de investigación se ha analizado la técnica de las directivas europeas. El proceso de construcción de un sistema común de derechos y garantías de las personas implicadas en un procedimiento penal en la UE, a través de la elaboración de normas comunes, ha sido largo y complejo, y difícil ha sido llegar a punto de encuentro y a una definición generalmente compartida de las distintas técnicas y mecanismos a través de los que proceder a la elaboración de estándares europeos.

Solo con el Tratado de Lisboa, los Estados miembros de la UE atribuyeron expresamente a la UE la competencia para llevar a cabo una actuación a escala europea, mediante la adopción de procedimientos comunes y acciones específicas dirigidas a reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados, que permitan reducir y progresivamente eliminar, mediante la armonización de las legislaciones procesales internas, las diferencias entre los distintos sistemas judiciales y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión.

El Tratado de Lisboa legitima a la UE a armonizar, mediante «disposiciones mínimas comunes», «los derechos de las personas durante el procedimiento penal» (art. 82 TFUE), bajo la forma de directivas, adoptadas por

el Parlamento y el Consejo, atendiendo al procedimiento legislativo ordinario, desde la premisa de la interrelación existente entre el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» en asuntos penales con dimensión transfronteriza (art. 82.1 TFUE).

Sin embargo, para la concreción de este objetivo, las instituciones de la UE necesitaban resolver algunas cuestiones preliminares: ante todo, era necesario individualizar la técnica más eficaz y efectiva para favorecer la construcción de un marco común de protección de los derechos del justiciable y, luego, resolver el problema concerniente a la fuente normativa a adoptar, es decir el tipo de acto normativo más idóneo para alcanzar dicho objetivo, y al nivel de protección que dicho acto hubiera tenido que garantizar.

¿Pero cuál ha sido el razonamiento que ha llevado a las instituciones europeas a optar por la técnica de la armonización de mínimos, mediante el instrumento de las directivas? Ante todo, las instituciones europeas constataron la insuficiencia del CEDH, porque aunque todos los Estados de la UE sean parte del CEDH, «la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros»; ni tales normas se aplican correctamente (Directiva 2013/48/UE, cit., considerando n. 5 y 6).

Por otra parte, también se observó que el TEDH, a pesar de los estándares comunes en dicho ámbito consagrados por el CEDH y reiterados en otros documentos en materia de protección de los derechos humanos de carácter supranacional, no puede asegurar por sí solo una protección plenamente homogénea de tales derechos procesales en todas sus dimensiones, puesto que, en la práctica, los niveles de aplicación de tales estándares difieren notablemente en los distintos Estados y también las garantías de control concernientes a su aplicación son fragmentarias y actúan solo *ex post*, es decir cuando la presunta vulneración de tales derechos se someta al juicio del mismo TEDH.

Además, un mayor desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas en el CEDH, en la Carta y en el Pacto beneficiará también a la cooperación judicial, reforzando una cultura de los derechos fundamentales en la UE y contribuyendo a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos dentro del territorio de los Estados miembros. Por todo ello, se pensó que para favorecer una aplicación coherente en todo el territorio de la Unión de tales estándares, la armonización de los derechos procesales hubiera tenido que llevarse a cabo de forma eficaz y efectiva a través de las directivas.

A continuación, una vez constada la necesidad de desarrollar las normas contenidas en los textos supranacionales en materia de protección de los derechos fundamentales, y tras optar por el instrumento de las directivas, las instituciones europeas se han preocupado por individualizar el tipo de armonización a adoptar para conseguir el objetivo propuesto, esto es, si adoptar una armonización extensiva, de mínimos, o una armonización plena.

Mediante la primera técnica, por la que se ha finalmente optado, las directivas se proponen establecer un marco mínimo común, una base jurídica sustancial, vinculante para los Estados miembros de la UE, que deberá tender a la consecución de un objetivo homogéneo, aunque deja un margen de actuación a los Estados miembros con respecto a la forma y a los medios a través de los que alcanzar dichos objetivos, legitimándolos a elevar el estándar de tutela previsto en tales medidas.

En este sentido, los Estados miembros de la UE, aunque tengan la obligación de alcanzar los objetivos fijados en los actos europeos, disponen de un margen de discrecionalidad que les permite modular sus actuaciones para que sean respetuosas con sus tradiciones y las especificidades de sus sistemas jurídicos y para permitirles mantener su identidad y adaptarse fácilmente al nuevo marco común.

La finalidad de tales normas mínimas es «extender» la protección jurisdiccional de las personas involucradas en un procedimiento penal, porque

sospechosas o acusadas de haber cometido un supuesto típico delictivo en el territorio de la UE, asegurando el derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías en condiciones de igualdad.

Aunque la técnica de la armonización extensiva o de mínimos arriesga reservar una autonomía bastante amplia a los Estados a la hora de definir los conceptos y las categorías contenidos en las Directivas, manteniendo diferencias en muchos casos profundas entre los distintos ordenamientos; por otra parte, obliga a los Estados a reconocer en sus ordenamientos internos, mediante la transposición de lo dispuesto en las directivas, los denominados derechos procesales «básicos» o, de todas formas, a adoptar, si no lo hubieran hecho antes, todas las medidas necesarias para alcanzar el nivel mínimo de protección contemplado en tales medidas.

Las Directivas sobre derechos procesales adoptadas en estos últimos años representan sin duda un avance importante en el camino hacia la adopción de estándares mínimos uniformes en el ámbito de la UE en lo que se refiere a los derechos fundamentales de incidencia procesal. En tales textos normativos de alcance europeo se establecen normas y estándares mínimos para garantizar respectivamente el derecho a un intérprete y a un traductor, el derecho a recibir información sobre sus derechos fundamentales de incidencia procesal y sobre las acusaciones formuladas contra ellos, y el derecho a la defensa, derechos fundamentales que corresponden a todas las personas implicadas en un procedimiento penal celebrado en la UE.

De tal forma, se permitirá reforzar la cooperación judicial entre los Estados que la integran en un clima de confianza recíproca, contribuyendo a reducir las distancias entre los distintos sistemas judiciales penales y aproximar las normas sustantivas de procedimiento, que afectan a los derechos procesales básicos. Estableciendo un «modelo de mínimos», la UE pretende sentar las bases para una regulación y aplicación uniforme del derecho a la tutela judicial

efectiva y a un proceso con todas las garantías en sus Estados miembros, avanzando en la construcción de un espacio de justicia penal europeo.

X. De todo ello, se puede afirmar que la construcción de un proceso penal europeo, basado en un conjunto de estándares mínimos uniformes generalmente compartidos por los Estados miembros de la UE es un proceso *in itinere*, el cual se alimenta de las tendencias procedentes de los distintos niveles y espacios constitucionales en los que el sistema se articula: el espacio constitucional nacional, el espacio constitucional europeo y el espacio constitucional internacional.

Desde los comienzos del proceso de integración europeo muchos han sido los avances realizados, aunque mucho camino queda por recorrer. La interacción y el diálogo entre los jueces europeos y el uso de los distintos mecanismos y técnicas de integración representan la manifestación tangible de la voluntad de los Estados miembros de la UE de seguir hacia adelante, para que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la UE no sea abstracta e ilusoria sino real y efectiva.

Bibliografía

ABBADESSA, G., «Il principio di presunzione di innocenza nella Cedu: profili sostanziali», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 377-410.

ACALE SÁNCHEZ, M., «Derecho Penal y Tratado de Lisboa», *Rev. derecho com. eur.*, año 12, n. 30, 2008, pp. 349-380.

ADAM, R., «Da Colonia a Nizza: la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Dir. Un. eur.*, n. 4, 2000, pp. 881-897.

ADAM, R., «La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo», *Dir. Un. eur.*, n. 2/3, 1998, pp. 481-509.

ADAM, R./TIZZANO, A., *Lineamenti del Diritto dell'Unione Europea*, II. ed., Giappichelli, Turín, 2010.

ADINOLFI, A., «La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona», *Riv. dir. intern.*, n. 1, 2010, pp. 45-64.

AGUADO CORREA, T., «Constitución y Derecho Penal», en AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 1-22.

AGUIAR DE LUQUE, L., «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española», *RDP*, n. 10, 1981, pp. 1-23.

AGUILAR CALAHORRO, A., «La primera cuestión planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86-2011, de 9 de junio», *ReDCE*, n. 16, 2011, pp. 471-512.

AGUILERA MORALES, M., «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», *BMJ*, año LXVI, n. 2145, 1.08.2012, pp. 27.

AKHAVAN, P., «Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal'», *Hum. Rts. Q.*, vol. 20, n. 4, pp. 737-816.

ALCÁ CER GUIRAO, R., «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación», *Indret*, n. 1, 2012, pp. 1-45.

ALCÁ CER GUIRAO, R., «Igual Coll C. España (STEDH de 10 de marzo de 2008) las garantías del proceso equitativo en la segunda instancia penal», en ALCÁ CER GUIRAO, R./BELADIEZ ROJO, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Conflicto y diálogo con Europa las condenas a España del tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 285-312.

ALCÁ CER GUIRAO, R., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos - La “doctrina Parot” ante Estrasburgo: Del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Rev. derecho com. eur.*, año 16, n. 43, 2012, pp. 929-952.

ALCÁ CER GUIRAO, R./BELADIEZ ROJO, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Conflicto y diálogo con Europa las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013.

ALLEGREZZA, S., «Los aspectos formales de la Carta de Derechos», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 367-374.

ALLEGREZZA, S./GRASSO, G./ILLUMINATI, G./SICURELLA, R. (coords.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Collana Pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo, Catania, 2013.

ALLIX, D., «Le droit à un procès pénal équitable», *Justices*, n. 10, 1998, pp. 19-33.

ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal*, Trivium, Madrid, 1995.

ALONSO GARCÍA, R., «Le clausole orizzontali della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea», *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 1, 2002, pp. 1-29.

ALONSO GARCÍA, R., «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Eur LJ*, vol. 8, n. 4, 2002, pp. 492-514.

ALONSO GARCÍA, R., *Justicia constitucional y Unión Europea, 50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español*, en REVENGA SÁNCHEZ, M./PAJERES MONTOLÍO, E./RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ, J. R. (coords.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, pp. 331-358.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./QUERALT JIMÉNEZ, A., «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 163-257.

ALVES COSTA, J. A., «La creación de la fiscalía europea», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 85-100.

AMADEO, S., «Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione», *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2009, pp. 720-741.

AMALFITANO, C., «Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4.07.2013, pp. 1-25.

AMALFITANO, C., «Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali», *Studi int. eur.*, n. 1, 2009, pp. 73-120.

AMALFITANO, C., «Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali», *Studi int. eur.*, n. 1, 2011, pp. 83-110.

AMALFITANO, C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2006.

AMBOS, K., «¿Castigo sin soberano? La cuestión del *Ius Puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente», *Persona y Derecho*, vol. 68, 2013, pp. 5-38.

AMBOS, K., «El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional», *Polít. crim.*, vol. 5, n. 9, 2010, pp. 237-256.

AMBOS, K., «El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas», *Indret*, n. 3, 2012, 47 pp.

AMBOS, K., «Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik», *Polít. crim.*, n. 4, 2007, pp. 1-16.

AMBOS, K., «Introducción ¿Reconocimiento mutuo versus garantías procesales?», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales/Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 25-39.

AMBOS, K., «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial», *Bol Mex Derecho Comp*, n. 119, 2007, pp. 267-293.

AMBOS, K., «Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial», *Persona y Derecho*, n. 51, 2004, pp. 225-254.

AMBOS, K., «Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law», en HAVERMAN, R./OLUSANYA, O., (eds.), *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, 2006, pp. 17 a 21.

AMBOS, K., «Observations from an International Criminal Law Viewpoint», *EJIL*, vol. 7, n. 4, 1996, pp. 519-544.

AMBOS, K., «Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law», *Oxford J Legal Studies*, vol. 33, n. 2, 2013, pp. 293-315.

AMBOS, K./KRACKOW, P./MILLER, D., *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, C. H. Beck, München, 2006.

AMODIO, E., *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milán, 2003.

APRILE, E., «I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti del'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 509-546.

APRILE, E., «Sulle pronunce della Consulta che hanno definito gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo sul “caso Scoppola” [Osservazioni a sentenza] C. cost. 3 (18)/7/2013, n. 210 e C. cost. (16) 23/7/2013», n. 235, *Cass. pen.*, vol. 53, n. 12, 2013, pp. 4388-4393.

APRILE, E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Pádua, 2007.

APRILE, E./SPIEZIA, F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Wolters Kluwer, Milán, 2009.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Lex Nova, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2005.

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ARANGÜENA FANEGO, C., «De “la Orden europea de vigilancia” al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 223-266.

ARANGÜENA FANEGO, C., «El derecho a la asistencia letrada en la directiva 2013/48/UE», *RGDE*, n. 32, 2014, pp. 1-31.

ARANGÜENA FANEGO, C., «El derecho a la interpretación y a la traducción. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010», *RGDE*, n. 24, 2011, pp. 1-22.

ARANGÜENA FANEGO, C., «La efectividad del acceso a la justicia: autodefensa, defensa técnica y asistencia jurídica gratuita», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 287-332.

ARANGÜENA FANEGO, C., «Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH: en particular el derecho de acceso a un tribunal (art. 6)», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 259-275.

ARMENTA DEU, T., «Aproximación del proceso penal en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal», *RGDPr*, n. 22, 2010, pp. 1-38.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático*, 2^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 639-673.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., «Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático*, 2^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 97-169.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», *InDret*, n. 4, 2011, pp. 1-25.

ARROYO ZAPATERO, L. (dir.)/MUÑOZ DE MORALES, M. (coord.), *European Criminal Law: An Overview*, Ed. UCLM, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2010.

ARROYO ZAPATERO, L., «A modo de presentación: venturas y desaventuras constitucionales de la orden de detención europea», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 11-20.

ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», *Civitas. REDE*, n. 48, 2013, pp. 37-74.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las “Funciones Esenciales” de su ordenamiento jurisdiccional», *Teor. Real. Const.*, n. 32, 2013, pp. 225-257.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «La cultura constitucional de la Unión Europea. Análisis del artículo 6 TUE», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 369-386.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M./VESPAZIANI, A., *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Turín, 2009.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «El Sistema Jurisdiccional de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: una visión de conjunto», en GARRIDO MAYOL, V./GARCÍA COUSO, S./ÁLVAREZ CONDE, E. (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1017-1040.

BACIGALUPO, E., *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.)/CÁMARA VILLAR, G./LÓPEZ AGUILAR, J. F./BALAGUER CALLEJÓN, M. L./MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, VIII ed., Tecnos, Madrid, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «La Constitución europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *ReDCE*, n. 8, 2007, pp. 11-42.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», *ReDCE*, n. 7, 2007, pp. 327-378.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho, Principios del Ordenamiento constitucional*, Vol. I., Tecnos, Madrid, 1991.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, Cacucci, Bari, 2012.

BALBO, P., «I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte all'interpretazione del mandato d'arresto europeo», www.giurcost.org/studi/balbo.html.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M., *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Madrid, 1992.

BANTEKAS, I., «The principle of mutual recognition in EU criminal law», *E.L.R.*, vol. 32, n. 3, 2007, pp. 365–385.

BARGIS, M., «Le disposizioni processuali del Corpus juris 2000», en BARGIS, M./NOSENGO, S. (coords.), *Corpus juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 133-181.

BARREIROS, J. A., «La nueva Constitución procesal penal», *REP*, n. 60-61, 1988, pp. 719-740.

BASSI, N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale: la circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffrè, Milán, 2008.

BAZZOCCHI, V., «Il mandato di arresto europeo e le Corti supreme nazionali», *Dir. Un. Eur.*, n. 3, 2007, pp. 661-690.

BENVENISTI, E., «Margin of appreciation, consensus and universal standards», *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, n. 4, 1999, pp. 843-854.

BERGEL, J. L./CHEROT, J. Y./CIMAMONTI, S./MERCADIER, M. F. (coords.), *L'emergence d'une culture judiciaire europeenne. Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen*, Laboratoire de Theorie du Droit, EA 892, Centre de Recherche en Matiere Penale, EA 32-41, 2009. Disponible on line en la siguiente dirección: <http://www.coe.int/T/dghl/cooperation/ccpe/CJE%20Aix%20FINAL.pdf>.

BERING LIISBERG, J., «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?», *CMLR*, vol. 38, n. 5, 2001, pp. 1171–1199.

BERMAN, P. S., «A Pluralist Approach to International Law», *Yale J Int'l L*, vol. 32, n. 2, 2007, pp. 301-329.

BERNARDI, A., «“Riserva di legge” e fonti europee in materia penale», *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur., Nuova serie.*, 2006, pp. 1-90.

BERNARDI, A., «Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Note di un penalista», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4, 2013, pp. 551-602.

BERNARDI, A., «Corpus juris e formazione di un diritto penale europeo», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, vol. 11, n. 2, 2001, pp. 283-303.

BERNARDI, A., «Europe sans frontières et droit penal», *Rev.sc.crim.*, n. 1, 2002, pp. 1-13.

BERNARDI, A., «Europeizzazione del diritto penale e progetto di costituzione europea», *Dir. pen. e processo*, vol. 10, n. 1, 2004, pp. 5-12.

BERNARDI, A., «I tre volti del “diritto penale comunitario”», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, vol. 9, n. 2, 1999, pp. 333-379.

BERNARDI, A., «Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali», *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur., Nuova serie.*, Vol. XVIII, 2004, pp. 35-66.

BERNARDI, A., «Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3, 2013, pp. 230-241.

BERNARDI, A., «Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista», *Forum di Quad. cost.*, n. 6, 2013, pp. 1-14.

BERNARDI, A., «La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1, 2012, p. 43-78.

BERNARDI, A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Turín, 2004.

BESSELINK, L. F. M., «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *CMLR*, vol. 35, n. 3, 1998, pp. 629-680.

BILANCIA, P., «Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2, 2004, pp. 345-366.

BIN, R./BARTOLE, S., *Commentario breve alla Costituzione*, II Ed., Cedam, Padua, 2008.

BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885.

BINDING, K., *Grundriss de Deutschen Strafrechts*, AT, 8a ed., Leipzig, 1913.

BLANCO CORDERO, I., «El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea», *RECPC*, n. 06-05, 2004, p. 1-26.

BOATO, M., «I principi del “giusto processo” tra la Bicamerale e le nuove iniziative parlamentari», *Rass. parl.*, n. 3, 1999, pp. 521-538.

BÖSE, M., «La sentencia del Tribunal constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa y su significado para la europeización del derecho penal», *RGDP*, n. 14, 2010, pp. 1-33.

BRAGE CAMAZANO, J., «Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *REDC*, n. 74, 2005, pp. 111-138.

BRICOLA, F., «Teoria generale del reato», *Noviss.Dig.lt.*, Utet, Turin, 1973, pp. 7-93.

BROUDE, T., «The Constitutional Function of Contemporary International Tribunals, or Kelsen’s Visions Vindicated», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 519-549.

BRUNNER, G/SOLYOM, L., *Constitutional judiciary in a new democracy*, Ann Arbor, University of Michigan press, 2000.

BUENO ARUS, F., «El Tribunal Penal Internacional», en AA.VV., *Consolidación del Derecho y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario Conmemorativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 365-382.

BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento y la ejecución de sentencias privativas de libertad en la Unión Europea: comentario a la decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008», *RGDE*, n. 18, 2009, pp. 1-30.

CAGGIANO, G., «L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto», *Studi int. eur.*, n. 2, 2007, pp. 335-374.

CALAMANDREI, P., «Processo e giustizia», *Riv dir proc.*, Vol. V, Parte I, 1950.

CALDERÓN CUADRADO, M^a. P. «¿Hacia una europeización del proceso?», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 125-150.

CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., «Dimensión europea de los derechos de la defensa: tres proposiciones para un debate y un interrogante sobre su titularidad», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 173-238.

CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

CALVANO, R., «Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale... nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU», *Giur. cost.*, n. 4, 2013, pp. 3615-3622.

CAMALDO, L., «La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione», *Dir. pen. cont.*, 27.05.2014.

CAMARERO GONZÁLES, G. J., «Conflictos de jurisdicción y ne bis in idem internacional. ¿Desconfianza mutua entre Estados?», *RPJ*, n. 86, 2007, pp. 118-134.

CANNIZZARO, E./BARTOLONI, M.E., «La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell'Unione europea», *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2007, pp. 471-491.

CANTARO, A. (trad. por FAGGIANI, V.), «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”. La integración “protegida”», *ReDCE*, n. 13, 2010, pp. 121-164.

CAPPELLETTI, M., «Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 C. e “due process of law clause”. Osservazione a sentenza, Corte Cost. (7 dicembre) 22 dicembre 1961, n. 70», *Estratto da Giur. cost.*, 1961, pp. 1282-1292.

CARBONE, S. M./CHIAVARIO, M. (coord.), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Turín, 2008.

CARETTI, P., «La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione europea», *Dir. Un. eur.*, 2005, vol. 10, n. 2, pp. 371-379.

CARRERA, S./GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea», *Rev. derecho com. eur.*, n. 29, 2008, pp. 133-162.

CARRERA, S./GEYER, F., «The Reform Treaty and Justice and Home Affairs – Implications for the common Area of Freedom, Security and Justice», *CEPS*, n. 141, 2007, pp. 1-12.

CARRERA, S./GUILD, E., «No Constitutional Treaty? Implications for the Area of Freedom, Security and Justice», en BALZACQ, T./CARRERA, S. (eds.), *Security versus Freedom. A Challenge for Future’s Europe*, Ashgate, Aldershot, 2006, pp. 223-240.

CARRILLO SALCEDO, J. A., (coord.), *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, CGPJ, Madrid, 2000.

CARRILLO SALCEDO, J. A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *La Ley*, n. 5, 2004, pp. 1719-1721.

CARRILLO SALCEDO, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Rev. derecho com. eur.*, año 5, n. 9, 2001, pp. 7-26.

CARTABIA, M., «Art. 53», en BIFULCO, R./CARTABIA, M./CELOTTO, A. (coords.), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia, 2001, pp. 360-366.

CARTABIA, M., «Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici», *Giur. Cost.*, vol. 52, n. 5, 2007, pp. 3564-3574.

CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffré, Milán, 1995.

CASSESE, A., «Il Tribunale Internazionale per l'ex Jugoslavia al Passo Decisivo», *Dir. pen. e processo*, n. 1, 1995.

CASSESE, A., «Il Tribunale Penale Internazionale dell'ONU per i Crimini nel Ruanda», *Dir. pen. e processo*, n. 3, 1995.

CASSESE, A., «On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law», *EJIL*, vol. 9, n. 1, 1998, 2-17.

CASSESE, A., «Reflections on International Criminal Justice», *J Int Criminal Justice*, vol. 9, n. 1, 2011, pp. 271-275.

CASSESE, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli Editore, Roma, 2009.

CEDENO HERNÁN, M., «Vulneración indirecta de Derechos Fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre», *RGDE*, n. 20, 2010, pp. 1-15.

CEDRAS, J., «La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux États-Unis», *Rev.inter.dr.pén.*, vol. 82, n. 3-4, 2011, pp. 445-456.

CELOTTO, A./GROPPI, T., «Diritto UE e diritto nazionale. Primauté vs controlimiti», *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6, 2004, pp. 1309-1384.

CHENAL, R./GAMBINI, F./TAMIETTI, A., «Art. 6: diritto a un equo processo», en BARTOLE, S./DE SENA, P./ZAGREBELSKY, V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padua, 2012, pp. 172-257.

CHERIF BASSIOUNI, M., «El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido», *ADP*, vol. 35, n. 1, 1982, pp. 5-42.

CHERIF BASSIOUNI, M., «The Time has come for an International Criminal Court?», *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, n. 1, 1991, pp. 1-43.

CHERIF BASSIOUNI, M./L. BLAKESLEY, L. C., «The Need for an International Criminal Court in the New International World Order», *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 151-182.

CHIARLONI, S., «Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 2008, 129-152.

CHIAVARIO, M., «Art. 6», en BARTOLE, S./CONFORTI, B./RAIMONDI, G. (coords.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padua, 2001.

CHIAVARIO, M., «Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 2005, pp. 974-990.

CHIAVARIO, M., *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Utet Giuridica, Turín, 2013.

CLAES, M./LEENKNEGT, G. J., «The Netherlands. A Case of constitutional leapfrog. Fundamental rights protection under the Constitution, the ECHR and the EU Charter in the Netherlands», en POPELIER, P./VAN DE HEYNING, C./VAN NUFFEL, P. (Eds.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts (Law and Cosmopolitan Values)*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 287-307.

CLARK, J. N., «Peace, Justice and the International Criminal Court Limitations and Possibilities», *JICJ*, vol. 9, n. 3, 2011, pp. 521-545.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COMBA, M., «Gli Stati Uniti d'America», en CARROZZA, P./DI GIOVINE, A./FERRARI, G. F. (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 127-157.

COMOGLIO, L. P., «I Modelli di garanzia costituzionale del processo», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 1991, pp. 673-741.

CONDE PUMPIDO, C., «La orden de detención y entrega europea. La perspectiva española», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 39-48.

CONDINANZI, M., «Fonti del “terzo pilastro” dell’Unione Europea e ruolo della Corte Costituzionale», *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2007, pp. 513-539.

CONTI, R., «Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni», *www.diritticomparati.it.*, 5.04.2013.

CONTI, R., *La convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.

COPPETTA, M^a. G., «Verso un processo penale europeo?», en COPPETTA, M^a. G. (coord.), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Univ.Urbino-Fac.sc.politiche.Ist.giur., Turín, 2005, pp. 11-44.

CORDÓN MORENO, F., *Las Garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 40.

CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *RGDE*, n. 22, 2010, pp. 1-54.

COSTA, J. P., «On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments», *EuConst*, vol. 7, n. 2, 2011, pp. 173-182.

COZZOLINO, L., «Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee», en FALZEA, P./SPADARO, A./VENTURA, L. (coords.) *Quaderni del “Gruppo di Pisa”, La Corte Costituzionale e le Corti d’Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Turín, 2003.

CRAS, S./DE MATTEIS, L., «The Directive on the Right to Information. Genesis and Short Description», *Eucrim*, n. 1, 2013, pp. 22-33.

CRYER, R., «International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round?», *EJIL*, vol. 16, n. 5, 2006, pp. 979-1000.

CSINK, L./SCHANDA, B./VARGA, A., *The Basic Law of Hungary: A First Commentary*, National Institute of Public Administration, Clarus Press, Dublin. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: <http://www.eui.eu/Documents/General/DebatingtheHungarianConstitution/TheBasicLawofHungary.pdf>.

D'ORAZI, M., «Revisione della condanna penale e violazione dell'art. 6 CEDU (App. Bologna, Sez.I, 13 marzo 2006, n. 63/06, Dorigo)», *Cass. pen.*, vol. 46, n. 9, 2006, pp. 2959-2970.

DAMAŠKA, M., «The International Criminal Court between Aspiration and Achievement», *UCLA J Int'l L & Foreign Aff.*, vol. 14, n. 1, 2009, pp. 19-35.

DAMAŠKA, M., «What is the Point of International Criminal Justice?», *Chi.-Kent. L. Rev.*, vol. 83, n. 1, 2008, pp. 329-365 (331 y ss.).

DE AMICIS, G., «All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"», *Forum di Quad. cost.*, 5.05.2013, pp. 1-22.

DE AMICIS, G., «All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"», *Dir. pen. cont.*, 7.06.2013, pp. 1-24.

DE AMICIS, G., «Il mandato d'arresto europeo: prassi e problemi applicativi», *www.europeanrights.eu*, 2008, pp. 1-88.

DE AMICIS, G., «L'attuazione del mandato d'arresto europeo nell'ordinamento italiano», *Giur. merito*, 2006, vol. 3, pp. 767-808.

DE AMICIS, G./IUZZOLINO, G., *Guida al mandato d'arresto europeo*, Giuffrè, Milán, 2008.

DE BOER, N., «Addressing rights divergence under the Charter: Melloni», *CMLR*, vol. 50, n. 4, 2013, pp. 1083-1103.

DE FRANCESCO, G., «Le sfide della politica criminale: integrazione e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale», in FOFFANI, L., (coord.), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo: omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92. Compleanno*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 47-65.

DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales/Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

DE HOYOS SANCHO, M., «Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales/Harmonization of criminal proceedings, mutual recognition and essential safeguards», in DE HOYOS

SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales/Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 42-79.

DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en JIMENO BULNES, M. (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 67-93.

DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Rev. derecho com.eur*, n. 22, 2005, pp. 807-842.

DE KERCHOVE, G., «Dificultades de la determinación de la legislación aplicable en relación a la extradición y a la orden de detención y entrega. El Consejo de la Unión Europea, Islandia y Noruega», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 81-88.

DE KERCHOVE, G., «La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (1)», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 21-30.

DE LA MATA BARRANCO, N., «Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del ambiente», *RECPC*, 02-04, 2000. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

DE MIGUEL ZARAGOZA, J. A., «Cooperación judicial penal en la Constitución Europea», *BIMJ*, año 58, n. 1975, 2004, pp. 3523-3536.

DE VERGOTTINI, G., *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

DECAUX, E., «The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System», *JICJ*, vol. 9, n. 3, 2011, pp. 597-608.

DELMAS MARTY, M., «The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law», *JICJ*, vol. 1, n. 1, 2003, pp. 13-25.

DELMAS-MARTY, M. (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Association de Recherches Pénales Européenes, editorial Edijus, Zaragoza, 2000.

DELMAS-MARTY, M., «Osservatorio internazionale. Il Corpus Juris delle norme penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea», *Quest.giust.*, n. 1, 2000, pp. 164-173.

DELMAS-MARTY, M., «Verso un diritto penale comune europeo?», *Riv.Ital.Dir.Proc.Pen.*, n. 2, 1997, pp. 543-554.

DELMAS-MARTY, M./VERVAELE, J.A.E (eds.), «La aplicación del Corpus Juris en los Estados miembros. Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea», <http://ec.europa.eu/>, *European Commission*, OLAF, 2003, pp. 1-48. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corporus/corporus_juris_es.pdf.

DEN HOLLANDER, O., «Caught Between National and Supranational Values: Limitations to Judicial Cooperation in Criminal Matters as Part of the Area of Freedom, Security and Justice within the European Union», *ICLR*, vol. 10, n. 1, 2008, pp. 51-72.

DENTI, V., «Valori Costituzionali e Cultura Processuale», *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 443-464.

DI MARTINO, A., «Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia», www.diritticomparati.it, 30.03.2013.

DÍAZ GÓMEZ, A., «La “doctrina Parot” y sus aspectos formales y constitucionales: a propósito de la sentencia 21 de octubre de 2013 del TEDH», *RGDP*, n. 20, 2013.

DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: Garantías procesales», en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. Tomo III - Artículos 24 a 38 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 2006, pp. 19-123.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El Poder Judicial: breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia», *REDC*, n. 71, 2004, pp. 35-46.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *RPJ*, n. 5, 1987, pp. 41-49.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 149-182

DONATI, F./MILAZZO, P., «La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en FALZEA, P./SPADARO, A./VENTURA, L. (coords.), *Quaderni del "Gruppo di Pisa". La Corte Costituzionale e le Corte d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello il 31 maggio-1 giugno 2002*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 65-117.

DONINI, M., «L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali», *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2, 2012, pp. 51-74.

DONINI, M., «Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa», en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La ley, Madrid, 2010, pp. 85-98.

DONINI, M., «Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites: La experiencia italiana», *RP*, n. 8, 2001, pp. 24-38.

DONINI, M., *Teoria del reato*, en *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Turín, 1999, p. 236.

DOUGLAS-SCOTT, S., «A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European human rights acquis», *CMLR*, vol. 43, n. 3, 2006, pp. 629-665.

DWORKIN, R., «Does Britain need a bill of rights?», en GORDON, R./SMITH, W. (ed.), *Human rights in the United Kingdom*, Oxford, Clarendon, 1996, pp. 59-77.

EBERS, M., «De la armonización mínima a la armonización plena», *Indret*, n. 2, 2010, pp. 1-47.

ELSTER, J., «Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction Author(s)», *U.C.L.R.*, vol. 58, n. 2, 1991, pp. 447-482.

ELSTER, J., *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, il Mulino, Bologna, 1979.

EPIDENDIO, T. E., «Giurisprudenza CEDU e processo penale: casi concreti», <http://fondazioneforensebs.it/>, 2013, pp. 1-28.

EPIDENDIO, T. E., «Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali», *Quaderni cost.*, n. 2, 2013, pp. 451-453.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Algunas reflexiones sobre de la Corte Penal Internacional como institución internacional», *REDMil*, n. 75, 2000, pp. 171-204.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Concurrencia de jurisdicciones y principio de complementariedad», en GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 257-264.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz», *RIFP*, n. 21, 2003, pp. 5-35.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 31-44.

ESER, A., «“Humane” Criminal Justice in the Age of Europeanisation and Globalisation», en IRK, F. (Hrsg.), *The Third German-Hungarian Colloquium on Penal Law and Criminology: systems and developments of penal sanctions in Western and Central Europe*, Bibor Kiadó, Miskolc, 2005, pp. 107-131.

ESER, A., «Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights mixture of substantive rights and procedural rights», *RITSUMEI*, n. 26, 2009, pp. 163-190.

ESPARZA LEIBAR, I./ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo», en LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de*

Derechos humanos. Comentario sistemático, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pp. 170-256.

ESPINA RAMOS, J.A., «¿Hacia una fiscalía europea?», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 101-120.

FAGGIANI, V., «¿Hacia la “constitucionalización” de un espacio europeo de justicia penal?: aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa», *UD/ED*, vol. 60, n. 2, 2012, pp. 239-262.

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», *RGDPRr*, n. 30, 2013, pp. 1-21.

FAGGIANI, V., «Verso una giurisdizione penale sovranazionale: la Corte Penale Internazionale», en ANDÒ, B./VECCHIO, F. (coords.), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Cedam, Padua, 2012, pp. 49-67.

FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers Koninklijke Brill NV, Leiden/Boston, 2009.

FAVOREU, L., «El bloque de la constitucionalidad», *RCEC*, n. 5, 1990, pp. 45-68.

FAVOREU, L., «Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel», *R.D.P.*, vol. 103, 93^e année, 1987, p. 443-454.

FEICHTNER, I., «Realizing Utopia through the practice of International Law», *EJIL*, vol. 23, n. 4, 2012, pp. 1143-1157.

FELDMAN, D., «The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles», *LS*, vol. 19, n. 2, pp. 165-206.

FELDMAN, D., «The territorial scope of the Human Rights Act 1998», *Cambridge LJ*, vol. 67, n. 1, 2008, pp. 8-10.

FENYVESI, C., «Constitutional principles in the light of the defensive position», <http://jesz.ajk.elte.hu/fenyvesi9.html>, n. 1, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español», *Ius et Praxis*, n. 1, 1999, pp. 63-120.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La justicia constitucional: una visión del Derecho comparado Tomo II. La justicia constitucional en Francia*, Dykinson, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, L., «Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea», en AA.VV., *Sfera Pubblica e Costituzione Europea*, Carocci, Roma, 2002, pp. 81-94.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997.

FERRARA, G., «Garanzie processuali dei diritti costituzionali e “giusto processo”», *Rass. parl.*, 1999, vol. 41, n. 3, pp. 539-560.

FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito Processual Penal, Primeiro Volume*, Coimbra editora, Coimbra, 1984.

FLICK, G. M., «A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?», *www.astrid-online.it*, n. 28, 2009, pp. 1-4.

FOCARELLI, C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padua, 2001.

FONSECA MORILLO, F. J., «Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 19-27.

FONTANELLI, F., «Fransson and the application of the EU Charter of Fundamental Rights to State measures – nothing new under the sun of Luxembourg», *www.diritticomparati.it*, 1.03.2013.

FREIXES SANJUÁN, T., «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el estándar mínimo exigible a los

sistemas internos de derechos en Europa», *Cuad. const. Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 11-12, 1995, pp. 97-115.

GAMBARDELLA, M, «Il ‘caso Scoppola’: per la Corte Europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole», *Cass. pen.*, vol. 50, n. 5, pp. 2020-2047.

GAMBINO, S. (trad. por FAGGIANI, V.), «Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales», *ReDCE*, n. 13, 2010, pp. 83-120.

GAMBINO, S., «Modelli europei di Ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali in materia giudiziaria comuni agli Stati Membri dell’Unione Europea [Intervento al Convegno ‘La giustizia al confronto con il cambiamento’, Firenze 28-29 gennaio 2005]», *Rass. for.*, 2005, vol. 38, n.1-2, 2005, pp. 516-541.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA RIVAS, N., «La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa», *RGDP*, n. 14, 2010, pp. 1-25.

GARCÍA RIVAS, N., «La tutela de las garantías penales tras el tratado de Lisboa», en DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L. M./NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 92-115.

GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA ROCA, F. J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teor. Real. Const.*, n. 30, 2012, pp. 183-224.

GARCÍA ROCA, F. J., «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos», *RIDPC*, n. 5, 2006, pp. 139-182.

GARCÍA ROCA, F. J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teor. Real. Const.*, n. 20, 2007, pp. 117-143.

GARCÍA ROCA, F. J., «La propuesta de Decisión Marco sobre derechos procesales en los procesos penales a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tratado Constitucional para Europa y las tradiciones constitucionales comunes», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea = Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 47-66.

GARCÍA ROCA, F. J., «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», *REP*, n. 119, 2003, pp. 165-190.

GARCÍA ROCA, F. J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor: Cuadernos Civitas/Instituto de Derecho Parlamentario, 2010.

GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 163-257.

GARCÍA ROCA, F. J./VIDAL ZAPATERO, J. M., «El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de la justicia», en GARCÍA ROCA, F. J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 365-407.

GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Pluralismo constitucional en la Unión Europea y heterogeneidad de las normativas penales de los Estados Miembros: problemas del principio de reconocimiento mutuo», *CPC*, n. 106, Época II, abril, 2012, pp. 191-222.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M^a., «Derecho al interrogatorio de testigos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 333-360.

GARDINO CARLI, A., *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo: profili processuali*, Giuffrè, Milán, 2005.

GARLICKI, L., «Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe», *ICON*, vol. 6, n. 3-4, 2008, pp. 509-530.

GARRIDO CARRILLO, F. J./FAGGIANI, V., *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2013.

GARRIDO CARRILLO, F.J./FAGGIANI, V., «El plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales y el programa de Estocolmo: Hacia una Europa de la Ley y de los Derechos Fundamentales en el ELSJ», pp. 1-14. Comunicación presentada en el ámbito del Congreso sobre la convergencia entre los procesos civil y penal, ¿Una buena dirección? Análisis comparado, Girona, 30 y 31 de enero de 2012. Disponible online en la siguiente dirección: http://ceapj.udg.edu/administrator/components/com_sem/documents/1340227698_es.pdf.

GARRIDO CARRILLO, F.J./FAGGIANI, V., «La armonización de los derechos procesales en la UE», *RGDC*, n. 16, 2013, pp. 1-40.

GIALUZ, M., «È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma almeno meditata», *Dir. pen. cont.*, 10.04.2014, pp. 1-19.

GIL GIL, A., «Tribunales Penales Internacionales», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 537-556.

GIMENO SENDRA, J. V., «El derecho fundamental a un proceso acusatorio», *Diario La Ley*, n. 7869, 2012.

GIMENO SENDRA, J. V., «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley*, n. 8307, 2014.

GIMENO SENDRA, V., «El derecho a un proceso con todas las garantías: el principio acusatorio y el derecho a la inmediación del Tribunal “*ad quem*” en la valoración de la prueba de carácter personal», en DÍAZ MARTÍNEZ, M./GIMENO SENDRA, V./MORENILLA ALLARD, P./TORRES DEL MORAL, A., *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, pp. 459-478.

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 1997.

GLASIUS, M., «Do International Criminal Courts Require Democratic Legitimacy», *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 43–66.

GÓMEZ GUILLAMÓN, R., «La Creación de la Corte Penal Internacional. Antecedentes», *REDMil*, n. 75, 2000, pp. 159-170.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución Europea?: un diálogo con el profesor Silva Sánchez», en ARROYO ZAPATERO, L. A./NIETO MARTÍN, A./MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. (coords.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 87-106.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal federal europeo?», en SILVA SÁNCHEZ, J. M./ROBLES PLANAS, R. (dirs.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 153-208.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La unificación del Derecho Penal europeo», *Saberes*, n. 1, 2003, 32 pp.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Orden de Detención Europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», *La Ley*, n. 4, 2004, pp. 1606-1615.

GRANDI, C., «“Nullum crimen sine lege” parlamentaria y derecho penal europeo», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 183-250.

GRASSO, G., «Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 1-97.

GRASSO, G., «La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 673- 707.

GRASSO, G., «La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica», en GRASSO,

G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 633-672.

GRASSO, G., *Comunidades europeas y derecho penal: las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los estados miembros*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1993.

GREER, S., «The Legal and Constitutional Impact of the European Convention on Human Rights in the United Kingdom», en ARNOLD, R. (ed.), *The Universalism of Human Rights*, Springer, Dordrecht, 2013.

GROUSSOT, X./LOCK, T./PECH, L., «EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011», *European Issues*, n. 218, 7.11.2011. Disponible on line en: http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-218-en.pdf.

GROZEV, Y., «Bulgaria», en CAPE, E./NAMORADZE, Z., *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, Soros Foundation, Moldova, 2012, pp. 93-151.

GUAZZAROTTI, A., «La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, primo comma, Cost.», *Giur. cost.*, vol. 52, n. 5, 2007, pp. 3574-3579.

GUTIÉRREZ ZARZA, M. A., «Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 72-84.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *Rev. derecho com. eur.*, n. 10, 2001, pp. 405-438.

HAAS, E., «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, 2006, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Uruguay, pp. 1007-1026.

HÄBERLE, P. (trad. del alemán por BALAGUER CALLEJÓN, F.), «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht II” anquilosada», *ReDCE*, año 6, n. 12, 2009, pp. 397-429.

HÄBERLE, P. (trad. FIERRO, H.), *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Rev. derecho com. eur.*, n. 3, 1998, pp. 113-136.

HÄBERLE, P., «¿Existe un espacio público europeo?», *Rev. derecho com. eur.*, año 2, n. 3, 1998, pp. 113-136.

HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común Europeo», *REP*, n. 79, 1993, pp. 7-46.

HÄBERLE, P., «El Estado constitucional europeo», *Cuestiones Constitucionales*, n. 2, 2000, pp. 87-104.

HÄBERLE, P., «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 175-237.

HÄBERLE, P., «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas», *ReDCE*, n. 13, 2010, pp. 379-411.

HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003.

HÄBERLE, P., *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Comares, Granada, 2003.

HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

HABERMAS, J., «Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?», en HABERMAS, J., *The Divided West*, Cambridge, Polity Press, 2006.

HANCOX, E., «The meaning of “implementing” EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson», *CMLR*, vol. 50, n. 5, 2013, pp. 1411-1432.

HARPAZ, G., «The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy», *CMLR*, vol. 46, n. 1, 2009, pp. 105-141.

HEDIGAN, J. J., «The European Court of Human Rights: Yesterday, Today and Tomorrow», *Ger. Law J.*, vol. 12, n. 10, 2011, pp., 1716-1729.

HEIN VAN KEMPEN, P., «The Protection of Human Rights in Criminal Law Procedure in The Netherlands», *EJCL*, vol. 13, n. 2, 2009, pp. 1-37.

HELGESEN, J. E., «What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?», *The European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2011, pp. 1-13.

HENKIN, L., «Revolutions and Constitutions», *La. L. Rev.*, vol. 49, n. 5, 1989, pp. 1023-1056.

HERLIN-KARNELL, E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012.

HERTOG, E., *Aequalitas: equal access to justice across language and culture in the EU: Grotius project 2001/GRP/015*, Lessius Hogeschool, Departement Vertaler-Tolk, 2003.

HERTOG, E., *Aequitas: access to justice across language and culture in the EU*, Lessius Hogeschool, Departement Vertaler-Tolk, 2001.

HEYDE, W., «La jurisdicción», en BENDA, E. (coord.), MAIHOFER, W./VOGEL, H./HESSE, K./HEYDE, W. (trad. por LÓPEZ PINA, A.), *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Instituto Vasco de Administración Pública, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, pp. 767-822.

HINAREJOS PARGA, A., «Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), Decision of 18 July 2005 (2 BvR 2236/04) on the German European Arrest Warrant Law», *CMLR*, vol. 43, n. 2, pp. 583–595.

HÖLLANDER, P., «The right to a fair trial in the Czech Republic», en AA.VV., *Le Droit À Un Procès Équitable Council of Europe*, Council of Europe, 2000, pp. 24-35.

HOUTAPPEL, J. C., «Access to justice in Holland, A summary», en CAPPELLETTI, M./GARTH, B. (eds.), *Access to justice, Vol. I, A world survey*, Book II, Leiden, 1978, p. 581-594.

HOWARD, D. E., *The road from Runnymede: Magna Carta and constitutionalism in America*, University of Virginia Press, 1968.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del Tercer Pilar», *Rev. derecho com. eur.*, año n. 14, n. 35, 2010, pp. 169-192.

ILLUMINATI, G., «La Carta de Derechos: la débil aproximación garantista al derecho procesal penal europeo», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 361-366.

IRURZUN MONTORO, F., «El proceso de adaptación de la Decisión Marco en los 15 Estados Miembros», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 57-70.

IRURZUN MONTORO, F., «La negociación de la Decisión Marco sobre garantías procesales en el Consejo de la Unión Europea», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea = Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 25-45.

ISRAEL, J. H./KAMISAR, Y./KING, N. J., *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *CMLR*, vol. 48, n. 4, 2011, pp. 995-1023.

JESCHECK, H. H., «Nuove prospettive del Diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?», en FOFFANI, L. (coord.), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo: omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92. Compleanno*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 1-20.

JESCHECK, H. H., «The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute», *JICJ*, vol. 2, n. 1, 2004, pp. 38-55.

JHR and LB, «After Åkerberg Fransson and Melloni», *EuConst*, vol. 9, n. 2, 2013, pp. 169-175.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «El derecho fundamental a ser asistido por un abogado y por un intérprete», en ORTEGA ARJONILLA, E., *La traducción e interpretación jurídicas en la UE. Retos para la Europa de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2008, pp. 463-498.

JIMENO BULNES, M. (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Madrid, 2007.

JIMENO BULNES, M., «Acceso a la interpretación y traducción gratuitas», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 155-183.

JIMENO BULNES, M., «La nueva cuestión prejudicial en el espacio judicial europeo», *RGDPr*, n. 16, 2008, pp. 1-14.

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, pp. 30-70.

JIMENO BULNES, M., «Orden europea de detención y entrega: garantías esenciales», *RdPP*, 2008, n. 19, pp.13-32.

JIMENO BULNES, M., «Towards common standards on rights of suspected and accused persons in criminal proceedings in the EU), *CEPS*, 2010, pp. 1-20.

JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2011.

KARABEC, Z., *Criminal Justice System in the Czech Republic*, Institute of Criminology and Social Prevention, 2011.

KEIJZER-LAMBOOY, H./JAN GASILLE, W., *Aequilibrium: Instruments for Lifting Language Barriers in Intercultural Legal Proceedings*, ITV Hogeschoolvoor Tolken, Vertalen, 2005.

KELSEN, H., «Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations», *Iowa L. Rev.*, vol. 31, n. 4, 1946, pp. 499-543.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 1993, pp. 202-203.

KING JR., H. T., «Nuremberg and Sovereignty», *Case W. Res. J. Intl. L.*, 1996, vol. 28, n. 1, pp. 135-140.

KLAUSHOFER, R./PALMSTORFER, R., «Austrian Constitutional Court Uses Charter of Fundamental Rights of the European Union as Standard of Review: Effects on Union Law», *Eur Pub L*, vol. 19, n. 1, 2013, pp. 1–11.

KLIP, A., «European integration and harmonisation and criminal law», en CURTIN, D. M./SMITS, J. M./KLIP, A./MCCAHERY, J. A., *Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law*, Intersentia, Maastricht university, Faculty of law, 2006, pp. 109-153.

KLIP, A., «Harmonization of Criminal Law in Europe», en JOHANNES HUSABO, E./STRANDBAKKEN, A. (eds.), *European integration and harmonization and criminal law*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005, pp. 109-153.

KLIP, A., *European Criminal Law. 2nd edition. An Integrative pproach*, Colección: Ius Communitatis Series, Intersentia, 2012.

KOERING-JOULIN, R./FR. SEUVIC, J., «Droits fondamentaux et droit criminel», *AJDA*, n. spécial sur *Les droits fondamentaux*, 1998, pp. 106-129.

KOKOTT, J./ SOBOTTA, C., «The charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon», *EUI Working Paper*, n. 6, 2010, pp. 1-15.

KOMÁREK, J., «European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of “contrapunctual principles”», *CMLR*, vol. 44, n. 1, 2007, pp. 9-40.

KONSTADINIDES, T., «The Perils of the “Europeanisation” of Extradition Procedures in the EU: Mutuality, Fundamental Rights and Constitutional Guarantees», *MJECL*, vol. 14, n. 2, 2007, pp. 179-200.

KOTZUR, M., «Overcoming Dichotomies: A Functional Approach to the Constitutional Paradigm in Public International Law», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 585-597.

KOWALIK-BANCZYK, K., «Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law», *Ger. Law J.*, vol. 6, n. 10, 2006, pp. 1355-1366.

KÜHL, K., «Europäisierung der Strafrechtswissenschaft», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 109, n. 4, 1997, pp. 777-807.

KÜHN, Z., «European law in the empires of mechanical jurisprudence: the judicial application of European law in central European candidate state», *CYELP*, vol. 1, 2005, pp. 55-73.

KÜHN, Z., «Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement», *Am. J. Comp. L.*, vol. 52, n. 3, 2004, pp. 531-568.

KUNZ, J. L., «The problem of the progressive development of International Law», *Iowa L. Rev.*, vol. 31, n. 4, 1946, pp. 544-560.

LAFFRANQUE, J., «Who Has the Last Word on the Protection of Human Rights in Europe?», *Jurídica Internacional*, XIX, 2012, pp. 1-18. Disponible on line en: http://juridicainternacional.eu/public/pdf/ji_2012_1_117.pdf.

LAMARQUE, E., «Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana», *Corr. Giur.*, vol. 27, n. 7, 2010, pp. 955-965.

LANDA ARROYO, C., «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional», *Pensamiento Constitucional*, n. 8, 2002, pp. 445-461.

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. (trad. por CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.), «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», *CPC*, n. 90, 2006, pp. 121-158.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, L., «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *AEDI*, n. 21, 2005, pp. 317-378.

LAZOVSKI, A., «Poland: Constitutional Tribunal on the Surrender of Polish Citizens under the European Arrest Warrant. Decision of 27 April 2005», *EuConst*, vol. 1, n. 3, 2005, pp. 569-581.

LAZZERINI, N., «Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», *Riv. dir. intern.*, n. 3, 2013, pp. 883-912.

LECZYKIEWICZ, D., «Trybunał Konstytucyjny (Polish Constitutional Tribunal), Judgment of 27 April 2005, No. P 1/05», *CMLR*, vol. 43, n. 4, 2006, pp. 1181-1191.

LEMMENS, P., «The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights - Substantive Aspect», *MJECL*, 2001, n. 1, p. 50-55.

LENAERTS, K./ E. DE SMIJTER, E., «A “Bill of Rights” for the European Union», *CMLR*, 2001, n. 2, pp. 273-300.

LETSAS, G., «The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR», *Eur J Int Law*, vol. 15, n. 2, 2004, pp 279-305.

LIGUORI, A., «Sul meccanismo di “co-respondent” previsto nel progetto di accordo per l’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti umani», *Riv. dir. intern.*, n. 1, 2014, pp. 174-196.

LIROLA DELGADO, I., «La cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa: ¿un posible proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?», *RGDE*, n. 16, 2008, 25 pp.

LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Ariel S.A., Barcelona, 2001.

LOCHBIHLER, B., «European Parliamentarians ‘deeply concerned’ at national moves to block EU accession to the European Convention on Human Rights», Press Statement, Brussels, 25.01.2012, pp. 1-2.

LOCK, T., «End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR», *YEL*, vol. 31, n. 1, pp. 162-97.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en MANGAS MARTÍN, A./GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 739-758.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», en MANGAS MARTÍN, A./GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 791-808.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «Presunción de inocencia y derechos de la defensa», en MANGAS MARTÍN, A./GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 759-776.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas», en MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Biblioteca Nueva-Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 777-790.

LÓPEZ GUERRA, L. M^a., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teor. Real. Const.*, n. 32, 2013, pp. 139-158.

LORCA NAVARRETE, A. M., «El derecho procesal como sistema de garantías», *Bol Mex Derecho Comp*, n. 107, 2003, pp. 532-557.

LORCA NAVARRETE, A. M., *Constitución y poder judicial. De la potestad jurisdiccional constitucional como garantía*, Instituto Vasco De Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.

LUBAN, D., «After the Honeymoon, Reflections on the Current State of International», *JICJ*, vol. 11, n. 3, 2013, pp. 505-515.

MADLENER, K., «The Protection of Human Rights in the Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany», en ANDREWS, J.A./United Kingdom National Committee of Comparative Law (ed.), *Human Rights in Criminal Procedure: A Comparative Study [revisions of Papers Presented at a Conference Organized by the United Kingdom National Committee of Comparative Law, Held at Manchester in Sept., 1978]*, BRILL, Leiden, 1982, pp. 238-258.

MAHONEY, P., «Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism», *HRLJ*, n. 19, 1998, pp. 1-6.

MANACORDA, S., «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 147-192.

MANACORDA, S., «Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia», *Dir. pen. cont.*, 17.5.2013, pp. 1-14.

MANACORDA, S., «Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 47, n. 3, 2004, pp. 789-845.

MANCINI, G. F., «The Making of A Constitution for Europe», *CMLR*, vol. 26, n. 4, 1989, pp. 595-614.

MANES, V., «Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 1- 66.

MANES, V., «L’incidenza delle fonti sopranazionali in materia penale nello specchio della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana», en MEZZETTI, L./PIZZOLO, C. (coords.), *Diritto costituzionale transnazionale, Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013, pp. 425-460.

MANES, V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012.

MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011.

MANTOVANI, F., «Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato», *La giustizia penale*, agosto-settembre, 2011, pp. 235-243.

MANTOVANI, F., «Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato», en CARETTI, P./GRISOGLIA, M. C. (coord.), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale (scritti in onore di Enzo Cheli)*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 51-65.

MANTOVANI, F., *Principi di diritto penale*, II° ed., Cedam, Padua, 2007, pp. 3-10.

MARQUANT, H., «El espacio judicial europeo y la traducción/interpretación comunitaria en el ámbito jurídico-judicial», en ORTEGA ARJONILLA, E., *La traducción e interpretación jurídicas en la UE. Retos para la Europa de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2008, pp. 49-76.

MARTENS, P., «La constitutionnalisation du droit juridictionnel», en *Mélanges Hannequart-Rasir*, Kluwer, Bruxelles, 1997, pp. 285-301.

MARTÍN DIZ, F., «Bases para la construcción de un derecho procesal comunitario: garantías procesales fundamentales en la Unión Europea», en FONT SERRA, E., *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, Tomo II, vol. 1, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2004, pp. 269-314.

MARTÍN DIZ, F., «Conflictos entre jurisdicciones nacionales concurrentes y delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea: problemas y soluciones procesales», *Justicia*, n. 1-2, 2008, pp. 175-212.

MARTÍN DIZ, F., «Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Rev. eur. der. fund.*, n. 18, 2011, pp. 133-166.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M^a., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega luces y sombras», *REDUE*, n. 10, 2006, pp. 179-200.

MARTÍN PALLÍN, J. A., «La orden de detención europea desde el punto de vista de un magistrado del TS español», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 49-56.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *RGDE*, n. 30, 2013, pp. 1-45.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Tribunal Constitucional -- Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», *Rev. derecho com. eur.*, año 18, n. 48, 2014, pp. 603-622.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *WP IDEIR*, n. 14, 2012, pp. 1-14.

MARTÍNEZ MADERO, D., «Ámbito de aplicación de la euroorden. Líneas de interpretación», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 99-120.

MATEUT, G., «“Contenuto della giurisdizione costituzionale e implicazioni di essa nel procedimento penale” (The Substance of Constitutional Jurisdiction and its implications in criminal proceeding)», *Draptul*, vol. 5, 2000.

MATTEUCCI, N., *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

MAYERS, L. (trad. CURLETTI, M. G.), *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milán, 1967.

MELANDRI, M., «The Relationship between State Sovereignty and the Enforcement of International Criminal Law under the Rome Statute (1998): A Complex Interplay», *Int'l Crim L Rev*, vol. 9, n. 3, 2009, pp. 531–545.

MICCÙ, R., «Proteggere la democrazia. Rinnovare il “contratto sociale” europeo», *www.federalismi.it*, n. 3, 2014, pp. 1-15.

MICHAEL, L., «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», *ReDCE*, n. 11, 2009, pp. 165-188.

MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª Ed., BOSCH, Barcelona, 1982.

MIRANDA RODRIGUES, A., «La Orden de detención europea y el principio del reconocimiento mutuo II», en ARROYO ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 31-38.

MONETTI, V./SALAZAR, L., «Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali», en AMATO, G., PACIOTTI, E. (coords.), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Quaderni Astrid, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 101-138.

MONTERO AROCA, J., «Derecho a un juez independiente e imparcial», en CALDERÓN CUADRADO, Mª. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 101-132.

MONTERO AROCA, J., «El derecho a un juez imparcial», en DE LA OLIVA SANTOS, A./AGUILERA MORALES, M./CUBILLO LÓPEZ, I. J. (coords.), *La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, pp. 21-54.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 1977.

MORBIDELLI, G., «La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario», en PREDIERI, A./TIZZANO, A. (dir.), *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2001.

MORGAN, C., «La orden de detención europea y los derechos del detenido», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 307-318.

MORI, P., *L'Istituzionalizzazione della Giurisdizione Penale Internazionale*, Giappichelli, Turín, 2001.

MOSCHELLA, G./GAMBINO, S., «L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU», *Pol. dir.*, vol. 36, n. 4, 2005, pp. 543-623.

MÖSTL, M., «Preconditions and limits of mutual recognition», *CMLR*, vol. 47, n. 2, 2010, pp. 405-436.

MOTT, R. L., *Due process of law; a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1926.

MUERZA ESPARZA, J. J., «Derechos de la defensa», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 149-169.

MUNARI, F., «Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti», *Dir. Un. eur.*, vol. 18, n. 4, 2013, pp. 725-748.

MUNARI, F./AMALFITANO, C., «Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive», *Dir. Un. eur.*, n. 4, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 773-809.

NASCIMBENE, B., *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, en http://www.camera.it/_bicamerale/schengen/convegni/italiasc/nascimb.htm.
NASCIMBENE, B./PASTORE, M. (coord.), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, Milán, 1995.

NÍ RAIFEARTAIGH, U., «The European Convention on Human Rights and the Irish criminal justice system», *JSIJ*, 2004, vol. 4, n. 2, pp. 20-37.

NICOLIN, S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padua, 2005.

NIETO MARTÍN, A., «Fundamentos constitucionales del sistema europeo de derecho penal», *RGDP*, n. 3, 2005, pp. 1-70.

NIETO MARTÍN, A., «Modelos de organización judicial en el derecho penal europeo», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 149-182.

NIETO MARTÍN, A., «Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)», en BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas [de] Derecho y Economía*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 189-203.

NOWAC, C., «The Europeanization of Polish substantive criminal law: how the European instruments influenced criminalization in polish law», *NJECL*, vol. 3, n. 3-4, 2012, pp. 363-380.

NUUTILA, A. M., «The Criminal Procedure System in Finland», en TRUNK, A./NUUTILA, A. M./NEKROŠIUS, V. (Hrsg.), *Recht im Ostseeraum*, Berlin, Berliner Wiss.-Verl, 2006, pp. 139–167.

O'DONNELL, D., «A Comparison of Article 6 of the European Convention on Human Rights and the Due Process Requirements of the Constitution of Ireland», *JSIJ*, 2004, vol. 4, n. 2, pp. 37-67.

O'MAHONY, P. «The Constitution and criminal justice», en O'MAHONY, P. (ed.), *Criminal justice in Ireland*, Institute of Public Administration, Dublín, 2002.

OLÁSULO, H., *Corte penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ONDREJOVA, A., «El proceso de adaptación de la decisión marco en los nuevos Estados Miembros», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.

(dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 71-80.

ONIDA, V., «Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana», en AMATO, G./BARBERA, A., *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1986.

OTTAVIANO, I., «Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», *Studi int. eur.*, n. 2, 2009, 451-477.

PABEL, K., «The Right to an effective remedy pursuant to Article II-107 Paragraph 1 of the Constitutional Treaty», en DANN, P./RYNKOWSKI, M.(coords.), *The unity of the European constitution*, Springer, Berlin, 2006, pp. 207-225.

PACE, A., «¿Para qué sirve la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea?: notas preliminares», *Teor. Real. Const.*, n. 7, 2001, pp. 173-186.

PALADIN, L., *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padua, 1995.

PALAZZO, F. C., «Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)», en PIZZORUSSO, A./VARANO, V. (coords.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 531-615.

PAOLUCCI, C.M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, UTET giuridica, Turín, 2011.

PARDO IRANZO, V., «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 361-391.

PARISI, N., «La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale», *Studi int. eur.*, n.1, 2013, pp. 47-69.

PARISI, N., «Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri», en PARISI, N., *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011, pp. 503-518.

PARISI, N., «Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie processuali», *Studi int. eur.*, n. 1-2012, pp. 33-57.

PARRA GARCÍA, J. L., «La interpretación y traducción en el ámbito de la cooperación judicial de la UE», en ORTEGA ARJONILLA, E., *La traducción e interpretación jurídicas en la UE. Retos para la Europa de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2008, pp. 711-732.

PASCUAL SERRATS, R., «El derecho a ser informado de la acusación (una aproximación al mismo a través de la jurisprudencia del TEDH)», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 239-254.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*, Cuarta edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

PEITADO MARISCAL, P., «Castillo Algar C. España (STEDH de 28 de octubre de 1998): el derecho a un juez imparcial», en ALCÁCER GUIRAO, R./BELADIEZ ROJO, M./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Conflicto y diálogo con Europa las condenas a España del tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 187-222.

PELLEGRINI, L., «Riserva di legge e competenza penale europea», *Oss. fon.*, n. 2, 2011, pp. 1-56.

PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El derecho a ser informado(a) de la acusación (art. 6.3.a CEDH)», en GARCÍA ROCA, F.J./SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 479-493.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Madrid, 2011.

PICOTTI, L., «Las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario. Estado actual y perspectivas de futuro», *RDPC*, n. 13, 2004, pp. 151-198.

PIGNATELLI Y MECA, F., «Consideraciones acerca del Establecimiento del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991», *REDMil*, n. 64, 1994, pp. 41-146.

PIGNATELLI Y MECA, F., «El Tribunal Penal Internacional para Ruanda», *REDMil*, n. 65, 1995, pp. 389-430.

PIGNATELLY Y MECA, F. (Ed.), *El Estatuto de la Corte Penal Internacional: antecedentes y textos complementarios*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003.

PIZZORUSSO, A., *Il Patrimonio Costituzionale Europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

POLLICINO, O., «Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato di Arresto europeo come modello di analisi», *EJLS*, vol. 2, n. 1, 2008, pp. 220-268.

PRADEL, J., «Vías para la creación de un espacio judicial europeo único», *RP*, n. 3, 1999, pp. 42-50.

PUGIOTTO, A., «Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi). Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti: “Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU», *Dir. pen. cont.*, 10.06.2014.

PUGIOTTO, A., «Scoppola e i suoi fratelli. L’ergastolo all’incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione ([Osservazione a] Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210)», *Giur. cost.*, vol. 58, n. 4, 2013, pp. 2942-2949.

QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.

QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

QUIRICO, O., «Substantive and Procedural Issues Raised by the Accession of the EU to the ECHR», *Italian Yearbook of Int. Law*, 2010, pp. 31-54.

RAFARACI, T., «The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters», en RUGGERI, S. (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2013, pp. 331-343.

RAIMONDI, G., «La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte Europea dei Diritti dell’uomo», *Rivista AIC*, n. 3, 2012, pp. 1-5.

RAIMONDI, G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, IIª ed., Editoriale Scientifica, Nápoles, 2008.

RALLO LOMBARTE, A., «Las garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARRIDO MAYOL, V./GARCÍA COUSO, S./ÁLVAREZ CONDE, E. (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1629-1652.

RANDAZZO, B., «I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della CEDU. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13-15 ottobre 2011», *www.cortecostituzionale.it*, 2011, pp. 1-25.

RANDAZZO, B., «Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale», *Rivista AIC*, n. 4, 2011, pp. 1-40.

REED AMAR, A., *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven, 1998.

RENOUX, T., «Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français», en *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992.

REPETTO, G., «Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine?», *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 27.07.2005.

REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario a la STC 91/2000 y concordantes», *Teor. Real. Const.*, n. 5, 2000, pp. 289-335.

RIDOLA, P., «Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo», en CARROZZA, P./DI GIOVINE, A./FERRARI, G. F. (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 21-58.

RIPOL CARULLA, S., «Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH», *REDC*, año 27, n. 79, 2007, pp. 309-346.

RIPOL CARULLA, S., «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*, vol. 66, n. 1, 2014, pp. 11-53.

ROBINSON, D., «Trials, tribulations and triumphs: Major developments in 1997 at the ICTY», *ACDI*, vol. 35, 1997, pp. 179-213.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C./VALLE GALVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Rev. derecho com. eur.*, vol. 2, 1997, pp. 239-376.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Hitos y experiencias de la justicia penal internacional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 287-314.

ROLLA, G., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: su contribución a la formación de una jurisdicción constitucional de los derechos y las libertades», *Rev. eur. der. fund.*, n. 15, 2010, pp. 15-39.

ROLLA, G., «Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales: algunas consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *ReDCE*, n. 4, 2005, pp. 87-108.

ROSA, F., «Lo “Human Rights Act” e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali», *Pol. dir.*, vol. 31, n. 4, 2000, pp. 679-702.

ROSSEAU, D., «Diritti costituzionali e spazio pubblico europeo», en AA.VV., *Sfera Pubblica e Costituzione Europea*, Carocci, Roma, 2002, pp. 81-94.

ROZAKIS, C., «The Right to a Fair Trial in Civil Cases», *JSIJ*, 2004, vol. 4, n. 2, pp. 96-106.

RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y estado de derecho», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n. 4, 2006, pp. 203-233.

RUBIO LLORENTE, F., «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *REDC*, año 22, n. 64, 2002, pp. 13-52.

RUGGERI, A., «“Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)», *www.dirittifondamentali.it*, 2013, pp. 1-25.

RUGGERI, A., «Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)», *www.diritticomparati.it.*, 5.10.2012.

RUGGERI, A., «Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative», *federalismi.it*, n. 24, 2009, pp. 1-18.

RUGGERI, A., «Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario», *Rivista AIC*, n. 00, 02.07.2010, pp. 1-28.

RUGGERI, A., «La CEDU alla ricerca di una nuova identità tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)», *DPCE*, n. 1, 2008, pp. 215-222.

RUGGERI, A., «La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)», *Dir. Un. eur.*, n. 2, 2013, pp. 399-408.

RUGGERI, A., «La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni)», *www.diritticomparati.it.*, 2.04.2013.

RUGGERI, A., «Struttura e dinámica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea», *AJIC*, n. 7, 2003, pp. 373-399.

RUÍZ-JARABO COLOMER, D., *La justicia de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2011.

RUÍZ-JARABO COLOMER, D., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en GARRIDO MAYOL, V./GARCÍA COUSO, S./ÁLVAREZ CONDE, E. (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 983-1016.

RUÍZ-JARABO COLOMER, D., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa», *NUE*, n. 291, 2009, pp. 31-40.

SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», *HRLR*, vol. 9, n. 3, 2009, 397-453.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.

SAJO, A., «Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary», *Oxford J Legal Studies*, vol. 15, n. 2, 1995, pp. 253-267.

SALAZAR, L., «La costruzione di uno spazio penale comune europeo», en GRASSO, G./SICURELLA, R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 395-466.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *REEI*, n. 14, 2007, pp. 1-56.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A., «Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el reglamento 44/2001», en MOYA ESCUDERO, M./SÁNCHEZ LORENZO, S. A. (coords.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dickinson, Madrid, 2003, pp. 39-68.

SANCHÍS CRESPO, C., «Derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, 255-286.

SANTVINDER SINGH, J., «Constitutionalising rights without a Constitution: the British Experience under article 6 of the Human Rights Act 1998», *Stat.LR*, vol. 27, n. 1, 2006, pp. 29-60.

SANZ HERMIDA, A. M^a., «Publicada la nueva Directiva sobre los derechos de interpretación y traducción en los procesos penales», *RGDPr*, n. 23, 2010, 2 pp.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004.

SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., «Who's afraid of the Charter?. The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *CMLR*, vol. 50, n. 5, 2013, pp. 1267-1304.

SARMIENTO-RAMÍREZ ESCUDERO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco», *REEI*, n. 10, 2005, pp. 1-32.

SAWIKI, J., «Incostituzionale ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca», www.associazionedeicostituzionalisti.it.

SCHILLACI, A., «La cooperazione nelle relazioni tra Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-13.

SCHMIDT, E. (NUÑEZ, J. M., trad.), *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Lerner, 1957.

SCHMITT, C. (MARTOS, D. trad.), *El Concepto de lo Político*, Actcapköh Bücher, 1932.

SCHWARZENBERGER, G., «The Problem of an International Criminal Law», *Curr. Legal Probs.*, n. 3, 1950, pp. 263-296.

SCIARABBA, V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padua, 2008.

SENÉS MOTILLA, C., «Derecho a un proceso equitativo, publico y en un plazo razonable», en CALDERÓN CUADRADO, M^a. P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 129-132.

SEPULCHRE, V., *La protection juridictionnelle des droits de l'homme en Belgique*, Kluwer, 2007.

SIEGELBAUM, J. H., «The right amount of rights: calibrating criminal law and procedure in post-communist central and eastern Europe», *B.U. Int'l L.J.*, vol. 20, n. 1, 2002, pp. 73-124.

SILEONI, S., «La Corte costituzionale polacca, il mandato d'arresto europeo e la sentenza sul Trattato di adesione all'UE», *Quad. cost.*, n. 3, 2005, pp. 894-896.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo: una aproximación crítica», *RP*, n. 13, 2004, pp. 138-150.

SIRACUSA, L., «Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 1, 2008, pp. 241-275.

SKOURIS, V., «Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson », *Dir. Un. eur.*, n. 2, 2013, pp.229-243.

SOLYOM, L., «The role of constitutional courts in the transition to democracy», en ARJOMAND, S.A., *Constitutionalism and political reconstruction*, Koninklijke Brill NV, Laiden, 2007.

SOMMOVIGO, F., «Contenido mínimo y estructura de la Carta de Derechos», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 381-387.

SOTIS, C., «All'incrocio tra carte e corti: il ruolo del giudice nel “labirinto” delle fonti», *Cass. pen.*, vol. 53, n. 7-8, 2013, pp. 2562-2571.

SOTIS, C., «Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea», *Cass. pen.*, n. 3-2010, p. 326-346.

SOTIS, C., «La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e Diritto Comunitario», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 109-145.

SPIELMANN, D., «Human Rights Case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities», en ALSTON, P./BUSTELO, M./HEENAN, J. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 757-780.

SPRONKEN, T., *EU-wide Letter of Rights in criminal proceedings: towards best practice*, Maastricht University, Maastricht, 2010.

SPRONKEN, T./VERMEULEN, G./DE VOCHT, D./VAN PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerp/Apeldoorn/Portland, 2009.

SRIRAM, C. L., «Conflict Mediation and the ICC: Challenges and Options for Pursuing Peace with Justice at the Regional Level», en AMBOS, K./LARGE, J./WIERDA, M. (eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, New York, Berlin, Heidelberg, 2009, pp. 303-319.

SRONKEN, T./VERMEULEN, G./DE VOCHT, D./VAN PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerp/Apeldoorn/Portland, 2009.

STEIN, E., «International Law in Internal Law: toward internationalization of central-eastern European Constitutions?», *Am. J. Int'l L.*, vol. 88, 1994, pp. 427-450.

SWEENEY, J., «The United Kingdom's Human Rights Act: using its past to predict its future», *Loy. J. Pub. Int. L.*, vol. 12, n. 1, 2010-2011, pp. 39-83.

TEGA, D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milán, 2012.

TEITEL, R. G., «Post-communist constitutionalism: a transitional perspective», *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 26, 1994-1995, pp. 168-190.

TEITEL, R. G., «Theoretical and international frameworks transitional justice in a new era», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 26, n. 4, 2002-2003, pp. 893-906.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Política y Derecho Penal en Europa», *RP*, n. 3, 1999, pp. 61-75.

TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho penal», *REDC*, n. 33, 1991, pp. 145-174.

TIEDEMANN, K., «El Derecho procesal penal», en ROXIN, C./ARTZ, G./TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989.

TIEDEMANN, K., «L'européizzazione del diritto penale», *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 1998, pp. 3-21.

TIEDEMANN, K., «La constitucionalización de la materia penal en Alemania», *Anuario de Derecho penal*, Lima, 1994, pp. 59.

TIEDEMANN, K., «Relación General del Coloquio Preparatorio. Sección III, celebrado en Toledo (España) del 1 al 4 de abril de 1992», *RIDP*, 1993, pp. 783-811.

TINSLEY, A., «Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni», *NJECL*, 2012, vol. 3, pp. 19-30.

TOLVANEN, M. J., *Effective Defence Rights in the Finnish Criminal Procedure*, January 16, 2012, University of Eastern Finland Legal Studies Research, Paper n. 4, 2012.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta: (siglos XVI - XVII - XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.

TOMUSCHAT, C., «Inconsistencies – The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant», *EuConst*, vol. 2, n. 2, 2006, pp. 209-226.

TORRES DEL MORAL, A., «El sistema de garantías de los derechos (I)», en GIMENO SENDRA, V./TORRES DEL MORAL, A./MORENILLA ALLARD, P./DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.

TOSATO, G. L., «L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A propósito de la reciente “Lissabon Urteil”», *www.astrid-online.it*, n. 28, 2009, pp. 1-11.

TROCKER, N., «Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia», *Europa e dir. priv.*, n. 2, 2010, pp. 361-412.

TROCKER, N., «Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 2001, pp. 381-410.

TROCKER, N./CHIARLONI, S. (dir.)/CONSOLO, C./COSTANTINO, G./LUISO, F.P./SASSANI, B., *La formazione del Diritto processuale europeo*, Giappichelli, Turín, 2011.

TSOURELI, L., «Human Rights in Pre-trial and Trial Procedures in Greece», en ANDREWS, J.A./United Kingdom National Committee of Comparative Law (ed.), *Human Rights in Criminal Procedure: A Comparative Study [revisions of Papers Presented at a Conference Organized by the United Kingdom National Committee of Comparative Law, Held at Manchester in Sept., 1978]*, Brill, 1982, pp. 202-237.

TULKENS, F., «EU Accession to the European Convention on Human Rights, Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights», <http://www.ejtn.eu/>, 2013, pp. 1-12.

UBERTIS, G., *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, 2ª ed., Cortina Raffaello, Milán, 2009.

UBERTIS, G., *Verso un giusto processo penale*, Giappichelli, Turin, 1997.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I./RIPOL CARULLA, S., «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Civitas. REDE*, n. 46, 2013, pp. 151-197.

ULFSTEIN, G., «The Relationship between Constitutionalism and Pluralism», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 575-583.

UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, OSSERVATORIO EUROPA, «Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale: criticità applicative del sistema di libera circolazione delle prove e sacrificio del contraddittorio tra le parti», www.camerepenali.it, Roma, 27.05.2014, pp. 1-9.

VALBUENA GONZÁLEZ, F., «Adaptación de la propuesta de decisión marco sobre garantías procesales al ordenamiento jurídico español», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales/Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 170-179.

VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea», *La Ley*, n. 4, 2006, pp. 1740-1746.

VALDIDARES SUÁREZ, M., «Breve aproximación a la Constitución de la República de Chipre», *REDC*, n. 73, 2005, pp. 225-238.

VALENTINI, C., «La Corte costituzionale e il caso Dorigo: sense and sensibility [Nota a C. Cost. 30 aprile 2008 n. 129]», *Giust. pen.*, vol. 113, n. 7, 2008, pp. 207-217.

VALENTINI, E., «Los “otros derechos” y la contestación del hecho», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea/Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 375-380.

VAN EMMERIK, M. L./BRENNINKMEIJER, A./BARKHUYSEN, T., «Access to Justice as a Fundamental Right in the Dutch Legal Order», en *Netherlands reports to the fifteenth international Congress of Comparative Law*, E.H. Hondius, Intersentia, Antwerpen/Groningen, 1998, pp. 395-420.

VAREJAO, M., «La cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale», en AA.VV., *Sfera Pubblica e Costituzione Europea*, Carocci, Roma, 2002, pp. 143-187.

VASSALLI, G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.

VECCHIO, F., «I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali», *Quaderni cost.*, n. 2, 2013, pp. 454-456.

VECCHIO, F., *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'eupeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Turín, 2012.

VECCHIO, F., *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padua, 2012.

VERDROSS, A., «Jus dispositivum y jus cogens in International Law», *Am. J. Int'l L.*, n. 60, 1966, pp. 55-63.

VERDUSSEN, M., «Los derechos fundamentales de los ciudadanos en la Bélgica Federal», *RCDP*, n. 31, 2005, pp. 173-202.

VERNIMMEN, G./VAN TIGGELEN/SURANO, L., *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Institute for European Studies, Université Libre de Bruxelles ECLAN – European Criminal Law Academic Network, 2008. Disponible on line en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/mutual_recognition_en.pdf.

VERVAELE, J. A. E., «La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea», *RP*, n. 15, 2005, pp. 169-183.

VESPAZIANI, A., «Prefazione», en AZPITARTE SÁNCHEZ, M./VESPAZIANI, A., *Diritti fondamentali europei. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Turín, 2009.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interpretación y traducción», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 183-222.

VIELLECHNER, L., «Constitutionalism as a Cipher: On the Convergence of Constitutionalist and Pluralist Approaches to the Globalization of Law», *GoJIL*, vol. 4, n. 2, 2012, pp. 599-623.

VIGANÒ, F., «Obblighi convenzionali di tutela penale?», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 243-298.

VIGANÒ, F., «Obblighi di adeguamento al diritto UE e “controlimiti”: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni. Tribunal Constitucional de España, sent. 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni», *Dir. pen. cont.*, 9.03.2014.

VIGANÒ, F., «Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno», *Dir. pen. cont.*, 9.01.2013.

VIGANÒ, F./LAMARQUE, E., «Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale

nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)», *Dir. pen. cont.*, 31.04.2014, pp. 1-28.

VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VOGEL, J., «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal en materia de la Unión Europea», *RP*, n. 10, 2002, pp. 112-129.

VOGEL, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», *RP*, n. 11, 2003, pp. 138-150.

VOGEL, J., «The European Integrated Criminal Justice System and Its Constitutional Framework», *MJECL*, vol. 12, n. 2, 2005, pp. 125-147.

VON BOGDANDY, A./KOTTMANN, M./ANTPÖHLER, C./ DICKSCHEN, J./ HENTREI, S./ SMROLJ, M., «Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», *CMLR*, vol. 49, n. 2, 2012, pp. 489-519.

VON BOGDANDY, A./KOTTMANN, M./ANTPÖHLER, C./DICKSCHEN, J./HENTREI, S./SMROLJ, M., «Solange ribaltata – Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2012, pp. 933-972.

VON BOGDANDY, A./VENZKE, I., «In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification», *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 7-41.

WASMEIER, M./THWAITES, N., «The battle of the pillars: does the European Community have the power to approximate nacional criminal laws», *ELR*, vol. 29, 2004, pp. 613-635.

WEBER, A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *REDC*, año 22, n. 64, enero-abril, 2002, pp. 79-97.

WEIß, W., «Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon», *EuConst*, vol. 7, n. 1, pp. 64-95.

WEYEMBERG, A., «¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea?», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE

MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 89-98.

WEYEMBERG, A., «The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union», *MJECL*, vol. 12, n. 2, 2005, pp. 149–172.

WEYEMBERGH, A., «¿Es necesario proceder a una previa armonización de los delitos como condición para la aplicación de la orden de detención y entrega europea?», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (dirs.)/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, A. (coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 89-98.

WYROUZUMSKA, A., «Some Comments on the Judgments of the Polish Constitutional Tribunal on the EU Accession Treaty and on the Implementation of the European Arrest Warrant», *PolishYIL*, vol. 27, 2004-2005, pp. 7-31.

YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «De la utopía a la realidad: el Tribunal Penal Internacional», en AA.VV., *50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fundación El Monte, Sevilla, 1999, pp. 45-64.

YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «El Proceso en marcha para la ratificación y puesta en práctica del Estatuto de Roma», en YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001, pp. 37-52.

YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA, J. A., «La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 17-28.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Turín, 1992.

ZAGREBELSKY, V., «Giustizia: quei diritti umani che l'Italia non assicura...», *La Stampa*, 3.05.2012.

ZAGREBELSKY, V., «I giudici dei diritti fondamentali in Europa», *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 2011, pp. 227-232.

ZAGREBELSKY, V., «La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale», en MANES, V./ZAGREBELSKY, V. (coords.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 69-107.

ZAGREBELSKY, V., «La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo dopo sessant’anni. Pensieri di un giudice a fine mandato», *Centro Studi sul Federalismo*, Turín, 7.02.2012, pp. 1-12.

ZAGREBELSKY, V., «La prevista adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo», *www.europeanrights.eu*, 19.12.2007, pp. 1-10.

ZAGREBELSKY, V., «Note sulle conclusioni della conferenza di Brighton “per assicurare l’avvenire della Corte Europea dei diritti dell’uomo», *Rivista AIC*, n. 4, 2012, pp. 1-5.

ZAGREBELSKY, V., «Quei giudici europei che difendono i diritti dell’uomo», *La stampa*, 7.02.2012.

ZAPPALÀ, S., «I diritti dell’accusato nel processo penale internazionale», en CASSESE, A./CHIAVARIO, M./DE FRANCESCO, G. (coords.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 399-430.

Introduzione

Nelle democrazie contemporanee, il fenomeno della globalizzazione delle relazioni economico-sociali ha determinato un forte incremento della commissione di crimini aventi una dimensione transnazionale, vale a dire di crimini che presentano punti di connessione comuni tra due o più ordinamenti e le cui ripercussioni si proiettano al di là delle frontiere dello Stato in cui sono stati commessi, della nazionalità dei suoi autori o della nazionalità della vittima.

Tale fenomeno ha messo in crisi o, per lo meno, ha richiesto una riformulazione del dogma della sovranità statale dello *ius puniendi* e dei suoi principi fondamentali e ha sviluppato un interessante dibattito giuridico-costituzionale sulla necessità di istituire un «processo penale europeo», cioè un sistema di garanzie, sostanziali e processuali, di carattere sovrastatale sulla base di *standard* minimi comuni che permetta di raggiungere un punto di equilibrio tra libertà e sicurezza come presupposto per la difesa della democrazia, la salvaguardia dell'ordine giuridico costituito e la protezione dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali delle persone, in particolare degli individui coinvolti in un procedimento penale nell'Unione europea.

Per far fronte a questo nuovo contesto, gli Stati membri dell'Unione si sono resi progressivamente conto della necessità di istituire uno spazio di giustizia, in cui si garantisca a tutti gli individui che circolino sul territorio dell'Unione il diritto di accesso alla giustizia e a un processo equo in condizioni di eguaglianza, mediante meccanismi di cooperazione giudiziaria in materia penale.

In tal modo, da una parte si tenta di favorire il ravvicinamento e l'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri dell'Ue, contribuendo ad eliminare gli eventuali conflitti di legge e di giurisdizione e a colmare le lacune presenti in tali ordinamenti giuridici; dall'altra si cerca di combattere la criminalità organizzata e la commissione di gravi crimini caratterizzati da elementi di extra-territorialità, che sono stati favoriti dalla soppressione delle frontiere e dalla libera circolazione delle persone.

Nella maggior parte delle fattispecie criminali con elementi di extraterritorialità, infatti, le persone indagate o accusate di aver commesso un crimine si trovano in un territorio straniero e non conoscono la lingua o il sistema giuridico di tale ordinamento; può succedere, altresì, che la persona implicata in un procedimento penale si trovi lontano dall'organo giurisdizionale che ha adottato l'atto di esecuzione di cui è destinatario e per questo non si possa difendere adeguatamente.

Infine, è opportuno anche considerare che, una volta terminato il giudizio, una persona, in virtù del principio del *ne bis in idem*, deve essere sicura che, una volta condannata e compiuta la pena o nel caso in cui venga definitivamente assolta in uno Stato membro, possa continuare a circolare liberamente, senza correre il rischio che possa essere di nuovo perseguita in altri Stati.

In tutte queste situazioni si dovrebbero assicurare alle persone indagate o accusate di aver commesso un reato, come minimo, il diritto a un interprete o il diritto a un traduttore nel caso in cui non comprendano in forma sufficiente adeguata la lingua del procedimento. Allo stesso modo, la persona coinvolta in un processo penale dovrà essere informata per iscritto, ad esempio, mediante una «carta dei diritti», o verbalmente, dei suoi diritti e della natura e della causa dell'accusa, al fine di preparare effettivamente la difesa, e dovrà avere il diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di

esecuzione del mandato d'arresto europeo, che dovrà essere gratuito quando lo richiedano le condizioni economiche dell'assistito.

Non si può, inoltre, dimenticare l'importanza che assume in questo ambito il diritto alla presunzione di innocenza. Altri diritti considerati fondamentali, che si dovrebbero garantire adeguatamente, sono il diritto di essere presente al proprio processo, il diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e il diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

Si dovranno poi stabilire determinate misure per i minori indagati o imputati e, in generale, per le persone particolarmente vulnerabili che non possano comprendere o seguire il contenuto o il senso del processo, ad esempio a causa delle loro condizioni mentali o fisiche.

L'adozione di *standard* minimi in questi ambiti non rafforzerà solo la fiducia nei sistemi giudiziari degli altri paesi d'Europa, garantendo una protezione uniforme, ma anche l'efficienza della cooperazione giudiziaria, permettendo alle persone indagate o imputate di conoscere la loro situazione e di difendersi adeguatamente.

La presente ricerca, quindi, intende analizzare il sistema di giustizia penale dell'Ue in relazione al processo di armonizzazione dei diritti processuali e la sua rilevanza nel processo di integrazione e di costituzionalizzazione dell'Unione. A tale fine, questo lavoro si suddivide in due parti: la prima parte si occupa delle tendenze dello *ius puniendi* nell'Ue, con particolare riguardo alla sua costituzionalizzazione nei distinti spazi e livelli di protezione dei diritti fondamentali (nazionale, internazionale ed europeo); la seconda parte è dedicata allo studio delle distinte tecniche di integrazione per la costruzione di tale spazio.

In particolare, nel primo capitolo si analizzerà la costituzionalizzazione dello *ius puniendi* nell'ambito degli Stati membri dell'Ue, dalla prospettiva costituzionale comparata, mentre nel secondo capitolo si esaminerà il tentativo di costruzione di un diritto penale oltre lo Stato che dovrebbe portare ad una sorta di «internazionalizzazione» ed «europeizzazione» dello *ius puniendi* (ovvero alla «sua costituzionalizzazione» nell'ambito internazionale ed europeo).

Dopo la seconda guerra mondiale, a seguito dei tristi eventi che la caratterizzarono, gli Stati membri hanno acquistato la consapevolezza della necessità di procedere all'istituzione di un sistema effettivo di garanzie, mediante il loro recepimento nei distinti livelli di regolazione e spazi costituzionali di protezione dei diritti fondamentali. Tutto ciò ha determinato una modifica sostanziale della portata, del contenuto e delle forme di esercizio dello *ius puniendi*, prima concepito come un attributo necessario ed esclusivo dello Stato, libero da qualsiasi tipo di ingerenza, sia interna sia esterna, e della sua funzione meramente punitiva per la garanzia della sicurezza e dell'ordine pubblico.

In ragione di queste considerazioni, sebbene la costituzionalizzazione dello *ius puniendi* continui ad essere la premessa per il suo esercizio, il processo circolare di reciproca alimentazione ed interazione tra i diversi spazi costituzionali ha determinato una «rivoluzione», imponendo una riformulazione anche del diritto penale a partire dalla Costituzione insieme alle altre esperienze statali e alle influenze di carattere sovranazionale in funzione unificatrice del sistema.

Pertanto, nel primo capitolo, si cercheranno di individuare le radici e le ragioni sottese alla costituzionalizzazione dello *ius puniendi*, il significato costituzionale che il suo esercizio ha assunto nei moderni Stati democratici e la

sua evoluzione, i principi costituzionali su cui si basa e i diritti o valori che realizza. In questo modo, si intende comprendere, in una tensione verso l'unità, i distinti modelli di Costituzione processuale penale, sistematizzando le categorie comuni e gli elementi di differenziazione.

Questa metodologia, basata sulla comparazione diacronica dei testi, tentando di ordinarli cronologicamente, risponde sostanzialmente a tre esigenze. Innanzitutto, consente di individuare come si sono sviluppati e configurati i principi fondamentali del diritto processuale penale ed, inoltre, partendo dai principi essenziali del processo penale e dalle caratteristiche fondamentali dei diversi sistemi di giustizia, di dedurre le ragioni e gli obiettivi che gli Stati hanno voluto raggiungere mediante la costituzionalizzazione dello *ius puniendi*.

Infine, quest'analisi permette di riflettere sull'interazione tra i processi di costituzionalizzazione, internazionalizzazione ed europeizzazione dello *ius puniendi*, che costituiscono tuttora gli oggetti principali di analisi all'attenzione della dottrina. In questo senso, si avverte che, malgrado l'esistenza nell'UE di ordinamenti giuridici non omogenei e aventi profonde differenze, il punto di connessione si trova su un piano sostanziale, nei principi fondamentali degli Stati costituzionali di Diritto, i quali hanno costituito la base per la circolazione e la trasposizione di modelli e per lo sviluppo di un Diritto costituzionale sovranazionale.

Tra tali principi fondamentali acquistano un rilievo particolare in questo ambito il principio-diritto alla tutela giudiziaria effettiva e a un processo equo e il principio-diritto alla legalità penale. Questi principi, malgrado richiedano una riformulazione e adattamento al nuovo contesto europeo e internazionale globale, rappresentano il nucleo delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'UE e, più in generale, a qualsiasi Stato democratico. A partire da questo nucleo, si potrebbe ravvisare l'esistenza di un processo penale europeo *in*

fieri, di un insieme di principi e norme giuridicamente vincolanti, un minimo comune denominatore, sulle cui basi si sta cercando di costruire un sistema di giustizia penale di carattere europeo.

Successivamente, nella prima parte del secondo capitolo si approfondiranno i fondamenti storici, politici e costituzionali, che, con il tempo, hanno attribuito alla Comunità internazionale la legittimazione necessaria per l'esercizio dello *ius puniendi* al di là delle frontiere statali e che hanno portato all'istituzione di un diritto penale sovranazionale senza Stato o senza sovrano e alla conseguente riformulazione della sua portata e del suo contenuto tradizionalmente concepito come monopolio esclusivo dello Stato. La Corte Penale Internazionale costituisce la principale concretizzazione di questo modello di giustizia penale sovranazionale.

L'esame della costruzione di un sistema di giustizia penale internazionale potrebbe favorire la comprensione del processo di europeizzazione dello *ius puniendi*, il suo significato, la sua funzione, la sua finalità e la sua relazione con i processi di costituzionalizzazione e internazionalizzazione.

Il processo di «costituzionalizzazione dello *ius puniendi* europeo», ovvero di progressiva costruzione e configurazione di un diritto processuale penale europeo, che permetta di raggiungere il ravvicinamento e l'armonizzazione tra le legislazioni penali degli Stati membri dell'Ue in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere, si è sviluppato nelle diverse fasi del processo di integrazione europea, in funzione dei distinti obiettivi che l'Unione si propone, mediante lo sviluppo di meccanismi di cooperazione giudiziaria e la progressiva assunzione di competenze in materia penale, riconosciute finalmente in forma espressa nel Trattato di Lisbona.

I Trattati istitutivi, secondo la teoria funzionalista, non facevano riferimento ad una competenza della Comunità nell'ambito processuale penale

né in generale ad un sistema di cooperazione giudiziaria che le permettesse di stabilire un minimo comune denominatore nell'ambito penale e, correlativamente, di eliminare gli eventuali conflitti di legge e di giurisdizione e colmare le lacune presenti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Il silenzio dei Trattati è stato colmato progressivamente dalla Corte di Giustizia, che, in virtù del rinvio costante alla giurisprudenza della Corte Edu e dell'esistenza di principi generali condivisi, frutto delle tradizioni costituzionali comuni ai suoi Stati membri, ha favorito lo sviluppo di una «cultura giudiziaria europea».

Tuttavia, solo nella terza fase del processo di integrazione e, in particolare, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Ue ha manifestato espressamente la sua intenzione, mediante l'attribuzione *ex art. 82 TFUE* della competenza a stabilire norme minime per l'armonizzazione dei diritti processuali delle persone coinvolte in un processo penale nell'Unione, di dotarsi di un proprio modello di giustizia penale, considerandolo l'elemento chiave e determinante per avanzare nel processo di integrazione e di costituzionalizzazione.

Lo sviluppo di uno spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia ha richiesto la progressiva adozione di *standard* minimi comuni per la garanzia, l'interazione e la reciproca alimentazione tra i diversi ordinamenti dell'Ue al fine di pervenire alla creazione di un sistema unitario e alla trasposizione di tecniche costituzionali all'ordinamento giuridico sovranazionale per la costruzione di un «ordine pubblico europeo».

Tra tali tecniche o modelli di integrazione, in questa sede, sarà opportuno analizzare la funzione giurisdizionale sovranazionale della Corte Edu, il nuovo ruolo assunto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, il principio del riconoscimento mutuo delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e le direttive

europee adottate nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale secondo quanto disposto nell'art. 82 TFUE. Non ci si soffermerà in modo specifico sul ruolo della Corte di Giustizia; si considererà, piuttosto, l'incidenza della sua giurisprudenza in modo trasversale, in relazione alle diverse tecniche analizzate.

Nella prima parte del terzo capitolo dedicato all'«integrazione attraverso il riconoscimento di diritti fondamentali», si analizzerà la funzione giurisdizionale sovranazionale assunta dalla Corte Edu nell'ambito penale. Quest'ultima, mediante l'interpretazione sostanziale-costituzionale, dinamica ed evolutiva della CEDU e dei suoi Protocolli, ha stabilito *standard* minimi di tutela, che hanno costituito il punto di riferimento costante per la Corte di Giustizia, così come per gli Stati del Consiglio d'Europa, che li hanno progressivamente recepiti nei loro ordinamenti interni.

Una volta analizzato il ruolo della Corte Edu, si svilupperà la funzione armonizzatrice della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che, in virtù del suo valore giuridico vincolante, assunto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha dotato di un rango «materialmente costituzionale», di un sostrato minimo comune i diritti ivi riconosciuti.

Successivamente, si approfondirà la tecnica del riconoscimento mutuo delle sentenze e risoluzioni giudiziarie nell'ambito penale, la «pietra angolare» del sistema europeo di cooperazione giudiziaria, la cui prima concretizzazione e applicazione pratica si è realizzata attraverso l'importante, sebbene controverso, strumento del mandato d'arresto europeo.

Infine, si analizzerà l'armonizzazione attraverso la tecnica delle direttive europee, adottate in questo ambito sulla base dell'art. 82 TFUE. Queste disposizioni, che stabiliscono *standard* minimi comuni concernenti i diritti fondamentali delle persone indagate o accusate nei processi penali nell'Ue, una

volte trasposte nell'ambito degli ordinamenti interni, divengono parametri a cui gli Stati dovranno conformarsi, adottando tutte le misure necessarie per raggiungere gli obiettivi prefissati.

Le tecniche o modelli di integrazione, oggetto della seconda parte di questa ricerca, hanno contribuito alla costruzione di un diritto penale comune. Si cercherà di individuare il presupposto, la legittimazione politico-costituzionale e l'operatività pratica di ciascun modello o tecnica di integrazione. La finalità è quella di verificare le differenze e le similitudini tra le distinte tecniche, il grado di incidenza nella configurazione di uno spazio europeo di giustizia penale, sulla base di *standard* minimi comuni generalmente condivisi dagli Stati membri dell'UE e i loro limiti. Solo mediante lo sviluppo di tali tecniche di integrazione si potranno assicurare i diritti fondamentali delle persone indagate o accusate nell'ambito di un processo penale nello Spazio Europeo di Giustizia.

Conclusioni

I. La presente tesi, dedicata alla Giustizia Penale nell'Unione europea in relazione alla progressiva armonizzazione dei diritti delle persone coinvolte in un procedimento penale, si struttura in due parti. La prima parte analizza le tendenze attuali dello *ius puniendi*, che hanno portato alla sua costituzionalizzazione nell'ambito dei diversi spazi di protezione dei diritti fondamentali, e la loro incidenza sulla costruzione di un diritto penale comune europeo.

In particolare, nel primo capitolo, che si occupa della costituzionalizzazione dello *ius puniendi* negli Stati membri dell'Ue si è inteso indagare da una prospettiva diacronica, attraverso il metodo giuridico comparato, perché i moderni Stati costituzionali di Diritto hanno avvertito la necessità di riconoscere nelle loro Costituzioni i diritti e i principi fondamentali del processo penale.

Questa prospettiva, da una parte, ha permesso di individuare gli elementi di continuità e le differenze che il modello dello *ius puniendi* tipico dello Stato costituzionale di Diritto presenta rispetto ai modelli che si sono consolidati nel corso della storia; dall'altra ha costituito la premessa per comprendere le basi e il fondamento di questo nuovo modello processuale e la funzione che ha svolto la Costituzione.

Da quest'analisi, si sono individuati i seguenti modelli di Costituzioni processuali penali: il «modello prebellico», il modello processuale penale delle Costituzioni del primo e del secondo periodo di transizione costituzionale e il

modello processuale penale dei paesi dell'Europa dell'Est, che si è consolidato nel corso del terzo periodo di transizione.

Il cd. «modello prebellico» include le Costituzioni adottate prima della seconda guerra mondiale e quelle che, sebbene adottate successivamente, non hanno determinato una frattura con il precedente regime, come nel caso dell'Irlanda, del Belgio, del Lussemburgo, dell'Olanda, dell'Austria, della Svezia e della Danimarca. Le Costituzioni di questi Stati sono caratterizzate da un elemento materiale comune: l'assenza di un riconoscimento espresso del diritto alla tutela giudiziaria effettiva e dei diritti della difesa. In questo gruppo si può includere anche il Regno Unito, dal momento che non dispone di una Costituzione formale, scritta, né di un codice processuale penale propriamente detto, anche se questo Stato possiede una cultura che si è consolidata nel corso dei secoli in materia di protezione dei diritti fondamentali.

Per quanto concerne, invece, le Costituzioni del primo e del secondo periodo di transizione costituzionale, si individuano due tipi: le Costituzioni che seguono il modello prebellico, ovvero il caso della Francia, della Germania e della Grecia, e il «modello di clausola generale», comune all'Italia, alla Spagna e al Portogallo, le cui Costituzioni enunciano il diritto alla tutela giudiziaria effettiva e a un processo con tutte le garanzie, concependolo una categoria generale ed onnicomprensiva, che costituisce la base degli altri diritti processuali.

Infine, si sono analizzate le Costituzioni del terzo periodo di transizione costituzionale, adottate dopo la caduta del muro di Berlino, distinguendo tre tendenze. Un primo gruppo comprende gli Stati che hanno cercato di dare una certa continuità al modello di clausola generale, come la Repubblica Ceca, la Lituania e la Finlandia. Un secondo gruppo riunisce gli Stati, tra cui si possono includere l'Estonia, la Slovacchia, la Croazia, Cipro e Malta, che, sebbene

partano dalla clausola generale del diritto alla tutela giudiziaria effettiva, enunciano un catalogo ampio di garanzie processuali, arrivando in alcuni casi ad assumere i caratteri di un mini-codice. L'uso di questa tecnica denota lo sforzo di questi Stati di adattarsi agli *standard* europei ed internazionali, riaffermando alcuni principi fondamentali.

Il terzo modello, invece, che comprende la Bulgaria, la Romania e l'Ungheria, è caratterizzato dall'esistenza di una frattura tra il contenuto dei precetti normativi e la loro effettiva applicazione. In Romania, ad esempio, malgrado la sua adesione alla CEDU dal 1994, il diritto alla tutela giudiziaria effettiva è stato recepito a livello costituzionale solo nel 2003. La Costituzione del 1991 non lo contemplava espressamente, anche se si poteva considerare implicito in alcune delle garanzie enunciate. Anche il principio della separazione dei poteri è stato enunciato a livello costituzionale solo nel 2002.

Più singolare ancora nel panorama europeo è il caso dell'Ungheria, la cui Costituzione, riformata nel 2011 e in vigore dal 2012, contiene disposizioni da cui si osserva in modo evidente l'intento di alterare l'equilibrio dei poteri, pregiudicando il corretto esercizio della funzione giudiziaria.

La necessità di distinguere tra le Costituzioni del primo e del secondo periodo di transizione costituzionale e quelle che sono il prodotto del terzo periodo di transizione risponde alla necessità di riconoscere le diverse radici storiche e culturali dei paesi appartenenti a questi due blocchi, andando oltre il dato puramente letterale.

Lo sviluppo analitico della maggior parte delle disposizioni in materia processuale contenute nelle Costituzioni dei Paesi dell'Est risponde, piuttosto, all'esigenza di determinare un cambio netto rispetto a un passato autoritario, concedendo a tali principi, in virtù del loro riconoscimento espresso in un testo con valore sovra-legale, un livello superiore di sicurezza giuridica.

II. Per quanto riguarda i caratteri comuni ai diversi Stati membri dell'Ue in questo processo, si osserva che la costituzionalizzazione dello *ius puniendi* ha iniziato a concretizzarsi solo dopo la seconda guerra mondiale ed è stata favorita dalla necessità di rompere con un passato autoritario e di aprire un nuovo capitolo nella storia del costituzionalismo, determinando un'autentica rivoluzione, che ha avuto un'incidenza profonda sulle sue categorie, sui suoi principali istituti e su tutte le fasi del suo sviluppo. In questa cornice legale, malgrado le importanti differenze dal punto di vista storico e politico-istituzionale tra i diversi Stati o modelli di giustizia penale, la Costituzione ha svolto una funzione di unità e sistema.

La costituzionalizzazione dello *ius puniendi* non risponde solo all'esigenza di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico, ma alla necessità di dare una nuova immagine al diritto penale, come limite e strumento di libertà. Sebbene lo Stato, in virtù della sua legittimazione *ex Constitutione*, possa imporre limiti alla libertà, con la finalità di assicurare l'ordine giuridico costituito e di garantire la democrazia e la pace sociale, dovrà in ogni caso valutare adeguatamente queste esigenze con i diritti fondamentali delle persone coinvolte nel processo penale, sia i diritti della persona imputata sia quelli della vittima.

Proprio in virtù di questa nuova concezione dello *ius puniendi*, il cui fondamento si rinviene nella Costituzione, il diritto processuale penale assume non solo la funzione di limite alla libertà per la tutela della sicurezza pubblica, ma di strumento di garanzia della libertà e della sua effettiva protezione dinanzi agli arbitri del potere statale. È quindi necessario pervenire ad un punto di equilibrio tra l'esigenza di sicurezza ed il rispetto della persona umana, che da una prospettiva antropocentrica e in virtù del principio personalista è considerata titolare di un valore minimo indefettibile, la dignità umana.

Infine, è opportuno considerare che, attraverso il loro riconoscimento nelle Costituzioni nazionali degli Stati europei, le garanzie processuali, ovvero l'insieme delle libertà, principi rettori e diritti in materia penale, non si concepiscono più solo, da una prospettiva giuspositivista, come una concessione, un'autolimitazione dello Stato, ma acquistano, da una prospettiva giusnaturalista, il rango di diritti soggettivi pubblici di carattere processuale, dotati di una «propria essenza», di «effettività immediata» e di un contenuto minimo costituzionalmente protetto. In questo modo, le garanzie processuali concorrono alla definizione della forma di Stato e alla legittimazione del potere politico.

III. Una volta analizzati nel primo capitolo di questa ricerca i principali aspetti della costituzionalizzazione dello *ius puniendi*, il secondo capitolo si è occupato del tentativo di costruire un diritto penale oltre lo Stato, che dovrebbe portare ad una sorta di «internazionalizzazione» ed «europeizzazione» dello *ius puniendi* (ovvero alla «sua costituzionalizzazione» nell'ambito internazionale ed europeo), che consti di *standard* minimi comuni.

Per quanto riguarda i presupposti storico-politici di un diritto processuale penale oltre lo Stato, è opportuno ricordare che il processo di istituzionalizzazione di una giurisdizione penale internazionale cominciò a concretizzarsi solo dopo la seconda guerra mondiale. A partire da questo momento, gli Stati iniziarono a superare le loro tradizionali reticenze e acquistarono consapevolezza della necessità di istituire forme di cooperazione, coordinazione e di collaborazione di carattere sovranazionale, essendo dovere di tutti «gli Stati esercitare la giurisdizione penale sugli autori di crimini internazionali» (Preambolo dello Statuto di Roma). In questo modo, si voleva evitare che tali crimini e atrocità si ripetessero e che i crimini più gravi di trascendenza per la Comunità Internazionale e che costituiscono una minaccia

per la pace, la sicurezza e il benessere dell'umanità, rimanessero nell'impunità e senza castigo.

Questo processo è culminato con l'adozione, il 17 luglio 1998, dello Statuto di Roma, in vigore dal 1° luglio 2002, con il quale si istituisce la Corte Penale Internazionale, il primo strumento di tutela giurisdizionale sovranazionale, di carattere permanente, natura penale ed indipendente, con vocazione di universalità e complementare rispetto alle giurisdizioni dei suoi Stati membri. La CPI è competente per giudicare i presunti responsabili, senza distinzione per la qualifica ufficiale rivestita (capo di Stato o di governo, membro di un governo o di un parlamento), dei crimini considerati più gravi –i cd. *core crimes*– che interessano la Comunità Internazionale: genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine di aggressione (art. 5, Statuto di Roma).

L'adozione dello Statuto di Roma ha rappresentato, senza dubbio, un importante «momento costituzionale» nella costruzione di un sistema di giustizia penale sovranazionale e di consolidazione di un ordine giuridico universale, essendo la sua istituzione il frutto della manifestazione della sovranità degli Stati e, quindi, della Comunità Internazionale, che, in questo modo, ha manifestato il suo compromesso e la sua scommessa per la creazione di un sistema di giustizia penale universale.

Questo «ordine cosmopolita» si svilupperebbe a partire dall'idea fondamentale della dignità umana, che si concepisce come un fine in sé stesso, intrinseco e inerente all'essere umano in quanto tale, il cui rispetto è la base per raggiungere la «pace eterna» come fonte dei diritti umani fondamentali, di valori universalmente condivisi, che nell'ambito di un sistema di protezione dei diritti fondamentali multilivello richiede l'adozione di meccanismi che concedano una protezione adeguata. Per questo, gli Stati non devono solo riconoscere tali diritti

all'interno delle loro Costituzioni ma dovranno anche istituire un modello di cooperazione interstatale che permetta di dare vita ad un diritto penale riconosciuto interculturalmente ed universale.

Solo in questo modo, si può istituire un ordine giuridico globale costituzionalizzato, una comunità cosmopolita dei cittadini del Mondo, a cui saranno soggetti anche gli Stati e il cui fondamento si individua proprio nei diritti umani, nei valori e principi generali universalmente condivisi per il loro carattere fondamentale. In questo ordine, la Comunità internazionale, attraverso la CPI, diventa il titolare dello *ius puniendi* internazionale.

IV. Infine, se analizziamo il suo sistema giurisdizionale, si osserva che la CPI costituisce un modello di giustizia sovranazionale, innovatore, che rappresenta la sintesi, la fusione tra i distinti modelli di giustizia presenti nella Comunità Internazionale, sia i sistemi di *Common Law*, che quelli di *Civil Law* e dei paesi dell'area iberoamericana.

L'analisi di questo sistema di giustizia penale sovranazionale aiuta a comprendere perché si è sviluppata la tendenza alla «europeizzazione» dello *ius puniendi*, qual è il suo significato, la sua funzione, la finalità e la sua relazione con i processi di costituzionalizzazione e internazionalizzazione in questo ambito.

In particolare, per quanto riguarda i diritti delle persone indagate o accusate, è interessante osservare che la CPI rappresenta un modello di giustizia completo e rispettoso dei diritti fondamentali, in cui si può osservare l'influenza sia della CEDU sia delle Costituzioni nazionali.

Tuttavia, anche se è evidente l'influenza esercitata dagli articoli 5 e 6 della CEDU, che enunciano rispettivamente il diritto alla libertà e alla sicurezza e il diritto alla tutela giudiziaria effettiva e a un processo equo, e dalla

giurisprudenza pronunciata dalla Corte Edu, lo Statuto di Roma è riuscito ad andare oltre.

Si pensi che né la CEDU né gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue stabiliscono espressamente il diritto a un traduttore e il diritto a essere informato dei propri diritti processuali. Tali diritti sono, invece, riconosciuti nello Statuto di Roma agli articoli 55 e 67, relativi ai diritti nel corso delle indagini e ai diritti nel corso del procedimento penale propriamente detto.

Per quanto, poi, riguarda l'influenza esercitata dalle Costituzioni degli Stati membri dell'UE, lo Statuto di Roma si ispira a un modello costituzionale processuale caratterizzato dalla previsione analitica dei diritti fondamentali, con la finalità di definire in forma espressa i diritti delle persone implicate in un procedimento penale.

In ragione di queste considerazioni, è evidente che lo Statuto di Roma rappresenta per gli Stati della Comunità internazionale e, in particolare, per gli Stati dello spazio di giustizia europeo un modello da seguire nella configurazione e definizione di *standard* minimi che garantiscano una protezione effettiva dei diritti fondamentali di carattere processuale.

V. Dopo l'analisi del processo di costruzione di un diritto penale oltre lo Stato nell'ambito internazionale, si è proceduto a studiare la funzione costituzionale del diritto processuale penale europeo, approfondendo le sue finalità e il sistema di cooperazione giudiziaria, che ha offerto i meccanismi e gli strumenti per il suo sviluppo nel corso del processo di integrazione.

L'istituzione di un diritto penale europeo, basato su un sistema di garanzie processuali comuni agli Stati membri, ha fondamentalmente due obiettivi: dotare i cittadini dell'UE e gli stranieri che circolino in tale spazio di uno

«statuto processuale», equivalente e comparabile nei 28 Stati membri, ed elaborare una risposta adeguata per far fronte alla circolazione della criminalità, mediante il rafforzamento della coordinazione e dell'integrazione tra gli apparati di controllo e giudiziari degli Stati.

Per quanto concerne il primo obiettivo, è opportuno considerare che la libertà richiede «uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro» (Conclusioni del Consiglio di Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999, par. 5).

Nella maggior parte delle fattispecie criminali con elementi di extraterritorialità, infatti, le persone indagate o accusate di aver commesso un crimine si trovano in un territorio straniero e non conoscono la lingua o il sistema giuridico di tale ordinamento; ma può anche succedere che la persona implicata in un procedimento penale si trovi lontano dall'organo giurisdizionale che ha adottato l'atto di esecuzione di cui è destinatario e per questo non si possa difendere adeguatamente.

Infine, è opportuno anche considerare che, una volta terminato il giudizio, una persona, in virtù del principio del *ne bis in idem*, che è una manifestazione tangibile della tutela giudiziaria effettiva dinanzi all'esercizio dello *ius puniendi*, derivata dal diritto ad un processo equo (Conclusioni dell'Avv. Gen. Ruíz Jarabo presentate il 20 ottobre 2005, C-436/04, par. 21), deve essere sicura che, una volta condannata e compiuta la pena, o nel caso in cui venga definitivamente assolta in uno Stato membro, possa continuare a circolare liberamente, senza correre il rischio che possa essere di nuovo perseguita in altri Stati.

Per fare fronte a tali esigenze, gli Stati membri dell'Unione hanno proceduto all'istituzione di meccanismi di cooperazione giudiziaria in materia

penale che contribuiscano a stabilire, mediante il ravvicinamento e l'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri dell'Ue, un minimo comune denominatore e ad eliminare gli eventuali conflitti di legge e di giurisdizione, colmando, in tal modo, le lacune presenti in tali ordinamenti giuridici.

Per quanto poi riguarda la necessità di elaborare una risposta adeguata per far fronte alla circolazione della criminalità, si deve considerare che la soppressione delle frontiere e la libera circolazione delle persone hanno determinato non solo l'incremento esponenziale della mobilità delle persone nell'Ue, ma hanno anche favorito lo sviluppo di forme di criminalità organizzata e della commissione di gravi crimini caratterizzati da elementi di extra-territorialità, i cui effetti superano le frontiere nazionali. Questo ha generato un'elevata insicurezza nel territorio dell'Ue, mettendo in pericolo i suoi interessi fondamentali.

VI. Per comprendere come lo spazio di giustizia penale si è sviluppato e consolidato e quali sono i limiti che ancora lo caratterizzano, nella seconda parte di questa ricerca si sono analizzate le principali tecniche di integrazione, utilizzate in questo ambito. Tra tali tecniche assumono una particolare importanza la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, così come interpretate, rispettivamente, dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia (terzo capitolo), il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle risoluzioni giudiziarie e le direttive europee adottate negli ultimi anni sui diritti processuali (quarto capitolo).

Da un punto di vista metodologico, in ciascun modello o tecnica di integrazione si è considerato opportuno analizzare il presupposto, la legittimazione politico-costituzionale e l'operatività pratica. In tal modo, si è tentato di individuare le differenze e le similitudini tra le distinte tecniche, il

grado di incidenza sulla configurazione di uno spazio europeo di giustizia penale basato su *standard* minimi comuni generalmente condivisi dagli Stati membri dell'Ue e i limiti insiti in ciascuna tecnica.

Per quanto riguarda il ruolo della CEDU nel riconoscimento dei diritti fondamentali di carattere processuale, si può osservare che questo testo offre un quadro abbastanza ampio e sviluppato di disposizioni di carattere penale. Tra tali disposizioni, l'art. 6 CEDU è, senza dubbio, uno degli articoli più importanti di tutto l'articolato della Convenzione e anche uno dei più invocati nei giudizi dinanzi la Corte EDU. I diritti delle persone coinvolte in un procedimento penale ai sensi dell'art. 6 della CEDU costituiscono uno *standard* minimo di garanzia per la persona coinvolta in un processo penale.

Sebbene apparentemente di semplice comprensione, l'art. 6 della CEDU presenta una struttura complessa, articolata in tre paragrafi, nei quali si riconoscono le categorie strutturali, intorno alle quali il diritto a un processo equo si sviluppa: a) il diritto di accesso alla giurisdizione e a un processo equo (primo paragrafo), b) il diritto alla presunzione di innocenza (secondo paragrafo) e c) i diritti della difesa (terzo paragrafo). I diritti riconosciuti espressamente nel secondo e terzo paragrafo dell'art. 6 e quelli che si possono includere implicitamente nei loro rispettivi ambiti di applicazione costituiscono elementi della nozione di giudizio equo in materia penale.

La Corte EDU, mediante l'interpretazione e l'applicazione della CEDU e dei suoi Protocolli, a partire dai casi concreti, che di volta in volta si è trovata ad analizzare, ha sviluppato, in virtù della sua *ratio decidendi* e dell'autorità del precedente, un vero ruolo armonizzatore, che ha permesso di creare *standard* minimi comuni di tutela anche in materia di giustizia penale.

Tali *standard*, a sua volta, hanno potuto circolare grazie alla «battaglia permanente» tra la Corte EDU e gli organi giurisdizionali nazionali. Questa

battaglia caratterizzata da una tensione dialettica costante tra i distinti livelli che compongono il sistema, in alcuni casi, ha permesso di rafforzare il dialogo giudiziario europeo, altre volte, invece, ha prodotto conflitti, lasciando l'ordinamento dinanzi ad un equilibrio instabile.

L'approccio sostanziale del *case-law*, della «logica per armonizzazione dei problemi» utilizzato dalla Corte EDU, che risponde ad esigenze di garanzia, è funzionalmente orientato a trovare una soluzione di sintesi attraverso una fusione di modelli con l'obiettivo di alimentare il carattere dinamico, che caratterizza questo processo circolare per superare le differenze esistenti tra le distinte tradizioni costituzionali. In tal modo, si è cercato di stabilire un minimo denominatore comune, funzionale alla consolidazione di un sistema armonico e integrato, inducendo gli Stati a conformarsi alle pronunce della Corte EDU in un'attitudine dialogante.

Secondo una prospettiva multilivello di protezione dei diritti fondamentali, che considera le interrelazioni normative tra i diversi spazi di garanzia, si può concludere che l'effettività della tutela giudiziaria in ogni fattispecie è il frutto di una combinazione che richiede una comparazione tra i distinti livelli di protezione con la finalità di raggiungere «la massima espansione delle garanzie», anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto gli stessi diritti.

Per quanto poi concerne la sua operatività, il ruolo armonizzatore della Corte EDU si è realizzato a partire dall'analisi comparata dei differenti sistemi giuridici degli Stati contraenti, attraverso le tecniche delle categorie autonome e delle sentenze pilota, le quali, lasciando agli Stati un certo margine di apprezzamento, hanno facilitato la penetrazione di tali *standard* minimi negli ordinamenti nazionali e hanno permesso di coordinare i distinti livelli di protezione, rispettando le diversità e le specificità degli Stati membri del Consiglio d'Europa. In tal modo, la Corte EDU ha saputo sviluppare pienamente

le potenzialità espansive della CEDU, permettendo a quest'ultima di andare oltre le Costituzioni nazionali e di divenire lo strumento di vertice del garantismo penale.

VII. La seconda tecnica di integrazione analizzata è la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. La Carta dei diritti, dalla sua proclamazione a Nizza, il 7 dicembre 2000, malgrado fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non avesse un valore giuridicamente vincolante, ha svolto una funzione armonizzatrice e di sintesi, tracciando le linee di sviluppo di un modello di processo penale europeo.

La Carta, che già nel suo Preambolo adotta una prospettiva eminentemente antropocentrica, considerando l'individuo e la protezione dei suoi diritti fondamentali il centro di attuazione dell'Ue, dedica una sezione specifica, il Titolo VI, alla Giustizia (art. 47 a 50).

In tali articoli, la cui premessa si può individuare nell'art. 6 della Carta, che enuncia il diritto alla libertà e alla sicurezza, si riconoscono i seguenti diritti e principi fondamentali di carattere processuale: il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47), il diritto alla presunzione di innocenza e i diritti della difesa (art. 48), i principi di legalità in materia penale e di proporzionalità dei delitti e delle pene (art. 49) e il diritto di non essere giudicato o punito due volte per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge (art. 50).

Il riconoscimento di tali diritti nella Carta li dota di uno status «materialmente costituzionale», di «un'identità ed una essenza proprie» e di un carattere autonomo (Conclusioni dell'Avv. Gen. P. Cruz Villalón, *Brahim Samba Diouf*, cit., par. 39). In questo senso, gli artt. 47 e 48 della Carta si possono considerare la base «sostanziale-costituzionale» di tali diritti e l'art. 82 del TFUE la base per il loro sviluppo, che legittima il legislatore europeo ad

adottare norme minime in materia di diritti processuali, stabilendo un quadro normativo comune capace di favorire il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri dell'Ue.

Il contenuto e la portata giuridica degli artt. 47 e 48 in relazione all'art. 53 della Carta, che definisce il livello di protezione dei diritti ivi garantiti, sono stati precisati, per la prima volta, dalla Corte di giustizia nell'interessante e allo stesso tempo controversa sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, con cui si è pronunciata sul primo rinvio pregiudiziale sollevato dal TC spagnolo.

In questa prima pronuncia, la Corte di giustizia parte dalla premessa dell'esistenza di una pluralità di fonti che vincolano in diversa misura gli Stati membri. La Carta dei diritti, secondo la Corte di giustizia, non si può considerare uno strumento esclusivo ed isolato di protezione, né può garantire un livello di tutela inferiore al grado di protezione che deriva da tali fonti nei loro rispettivi ambiti di applicazione; dovrà, piuttosto, essere interpretata sistematicamente assieme alle altre fonti, sia nazionali che sovranazionali, innanzitutto la CEDU.

Pertanto, la Carta dei diritti non costituisce una minaccia per gli Stati, dal momento che non determinerà una riduzione dello *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali, né violerà le identità nazionali, né pregiudicherà il ruolo delle Corti nazionali; piuttosto, contribuirà a definire le relazioni tra la pluralità di fonti, organi giurisdizionali e spazi costituzionali che compongono l'Ue, permettendo di consolidare il suo pluralismo interno verso un cosmopolitismo dei diritti umani anche nell'ambito penale.

Inoltre, la definizione della portata, del contenuto e del livello di protezione dei diritti fondamentali delle persone indagate o imputate in un processo penale nell'Ue riconosciuti nella Carta dei diritti da parte della Corte di giustizia Ue non rafforzerà solo la *vis* armonizzatrice di tali disposizioni,

contribuendo «a prendere sul serio» e rendere visibili tali diritti, ma permetterà anche di rafforzare il «dialogo giudiziario europeo», nel «labirinto delle fonti», «all'incrocio tra Carte e Corti», alla ricerca costante dell'equilibrio del sistema.

Tale dialogo non richiede solo la mera equivalenza formale tra i diversi sistemi nazionali di protezione dei diritti fondamentali, ma anche l'intima accettazione e l'adesione sostanziale a tali garanzie, che è fondamentale per il rafforzamento della lealtà reciproca. Pertanto, gli Stati non potranno imporre il loro parametro nazionale di protezione dei diritti fondamentali, ma dovranno rispettare il minimo comune denominatore, sostanziale e processuale, adottato in sede europea.

VIII. Successivamente, nell'ambito delle tecniche di integrazione funzionalmente orientate a raggiungere l'integrazione positiva, si sono analizzati il principio del reciproco riconoscimento, che costituisce la pietra angolare della cooperazione giudiziaria, e le direttive europee.

Il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie è stato formulato ed applicato, per la prima volta, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cassis de Dijon* (Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78), nell'ambito del primo pilastro, con l'obiettivo di consolidare il mercato interno. In quel momento, il principio del reciproco riconoscimento era considerato l'alternativa più ragionevole all'armonizzazione.

Questo principio è stato poi trasposto progressivamente alla cooperazione giudiziaria in materia penale, con l'obiettivo di favorire la consolidazione di uno spazio di giustizia propriamente europeo, basato sulla libera circolazione delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, delle prove e dei dati rilevanti agli effetti dello sviluppo dei procedimenti penali celebrati nei paesi dell'Ue.

L'introduzione di questo meccanismo nell'ambito penale ha portato ad una riformulazione delle principali categorie che tradizionalmente hanno caratterizzato l'esercizio dello *ius puniendi*, dal suo carattere esclusivo e di monopolio degli Stati, al concetto di sovranità statale e di territorialità del diritto penale, così come al carattere intergovernativo della cooperazione giudiziaria.

In virtù del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie quando un'autorità giudiziaria, nell'esercizio delle sue facoltà ufficiali in uno Stato membro, adotta una decisione conformemente al diritto interno, tale decisione dovrà essere accettata automaticamente in tutti gli altri Stati membri e produrrà effetti diretti, pieni ed equivalenti, o almeno simili, in tutto il territorio dell'Unione.

Le idee fondamentali intorno alle quali si sviluppa il principio del riconoscimento mutuo sono la lealtà reciproca tra gli Stati membri dell'Ue e il principio di equivalenza. Il concetto di lealtà reciproca si deve intendere non solo in termini di conformità, ma anche di corretta applicazione delle norme da parte degli altri Stati. In questo senso, la lealtà reciproca e l'armonizzazione vanno di pari passo: la prima costituisce il presupposto per procedere all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia penale e la seconda contribuisce a rafforzare la fiducia negli altri ordinamenti.

Inoltre, le distinte normative interne relative all'insieme delle garanzie e dei ricorsi giurisdizionali, a cui l'individuo può ricorrere, devono essere considerate funzionalmente equivalenti, affinché possano garantire un livello di protezione comparabile e soddisfare, così, i valori e gli interessi giuridici in gioco. Tutto ciò, naturalmente, senza pregiudizio della maggiore o minore convenienza di ridurre le distanze tra i sistemi punitivi nazionali.

Pertanto, il fatto che le legislazioni dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione siano funzionalmente equivalenti non significa che siano

completamente identiche, ma solo che garantiscono un livello di protezione simile e che le garanzie processuali e i principi fondamentali dei distinti sistemi di giustizia degli Stati membri rispondono ad una cornice legale comune e ad interessi e obiettivi condivisi.

In questo modo, si intende preservare le specificità e le peculiarità proprie dei diversi sistemi e delle tradizioni giuridiche in materia di giustizia penale, che caratterizzano i suoi Stati membri e che sono espressione della loro identità nazionale. Una decisione adottata da un'autorità in uno Stato potrebbe essere accettata in un altro Stato, sebbene in questo neppure esista un'autorità equivalente o questi non possa adottare tali decisioni o avrebbe adottato una decisione completamente differente. Si continua ad ammettere, quindi, l'esistenza di differenze tra gli ordinamenti che compongono l'Ue, naturalmente quando ciò non pregiudichi i suoi principi fondamentali.

Inoltre, non si deve dimenticare la stretta relazione esistente tra il principio del reciproco riconoscimento e il principio del *ne bis in idem*, dal momento che il riconoscimento degli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità straniera sono suscettibili di estendersi oltre lo Stato che ha adottato la decisione. In virtù dell'autorità della cosa giudicata, nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge. Di conseguenza non si potrà giudicare due volte una persona per lo stesso reato né si potrà rimettere in discussione la decisione in questione.

Tuttavia il principio del reciproco riconoscimento in materia penale ha presentato problemi di costituzionalità e di applicazione pratica. Lo stesso istituto del mandato d'arresto europeo, regolato dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, che costituisce il primo

strumento di concretizzazione e di applicazione di questo principio in materia penale, ha indotto le Corti costituzionali di un buon numero di Stati membri dell'Unione europea a pronunciarsi sulla conformità di questo istituto e del contenuto delle leggi che lo hanno recepito alle loro rispettive Costituzioni. Dall'analisi di alcune di queste pronunce, si osserva la tendenza delle Corti costituzionali a ribadire la loro funzione di garante ultimo dei diritti fondamentali e dell'ordine costituzionale interno.

IX. Infine, si è considerato opportuno analizzare le direttive europee. Il processo di costruzione di un sistema comune di diritti e garanzie delle persone coinvolte in un procedimento penale nell'Ue, attraverso l'elaborazione di norme comuni, è stato lungo e complesso. Solo con il Trattato di Lisbona gli Stati membri hanno deciso di attribuire all'Ue la competenza per adottare procedimenti comuni e azioni specifiche dirette a rafforzare, mediante la loro armonizzazione, i diritti processuali delle persone indagate o accusate. Queste misure dovranno permettere di ridurre e progressivamente eliminare, le differenze tra i distinti sistemi giudiziari e le tradizioni costituzionali proprie di ciascuno Stato.

Al riguardo, l'art. 82, paragrafo 2, del TFUE, attribuisce all'Ue la competenza, «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale», per «stabilire norme minime» sui «i diritti della persona nella procedura penale». Tali atti saranno adottati dal Parlamento e dal Consiglio, mediante il procedimento legislativo ordinario.

Mediante la tecnica dell'armonizzazione, l'Ue si propone di ridurre le distanze, raggiungendo un certo livello di convergenza ed adattamento delle legislazioni nazionali. Si stabilisce, così, una cornice legale comune, che gli

Stati dovranno rispettare e conformemente alla quale dovranno adattare i loro ordinamenti. Questa tecnica permette di ridurre le differenze tra le legislazioni degli Stati dell'UE ma non di eliminarle, come succede nel caso dell'unificazione (l'armonizzazione implica differenze; al contrario non ci sarebbe nulla da armonizzare). Inoltre, l'istituzione di una cornice legale comune è uno strumento per raggiungere l'obiettivo politico dell'integrazione.

Ma qual è stato il ragionamento che ha portato le istituzioni europee a scegliere la tecnica dell'armonizzazione minima, mediante lo strumento delle direttive? Innanzitutto, le istituzioni europee hanno constatato l'insufficienza della CEDU, perché sebbene tutti gli Stati dell'Ue siano firmatari della CEDU, «l'esperienza ha dimostrato che questa sola circostanza non sempre assicura che ciascuno di essi abbia un grado sufficiente di fiducia nei sistemi di giustizia penale degli altri Stati membri»; né tali norme si applicano correttamente (Direttiva 2013/48/UE, considerando n. 5 e 6).

Inoltre, malgrado gli *standard* minimi comuni in tale ambito, riaffermati anche in altri documenti in materia di protezione dei diritti umani di carattere sovranazionale, la CEDU non può assicurare di per sé una protezione pienamente omogenea dei diritti processuali, poiché nella pratica i livelli di applicazione di tali *standard* sono notevolmente differenti negli Stati membri e le garanzie predisposte sono frammentarie ed intervengono solo *ex post*, quando la presunta violazione di tali diritti sia rimessa al giudizio della stessa Corte EDU.

Le istituzioni europee ravvisarono, pertanto, la necessità di un maggior sviluppo nell'ambito dell'Unione delle norme minime stabilite nella CEDU, nella Carta e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, con la finalità di favorire anche la cooperazione giudiziaria, rafforzando una cultura dei diritti fondamentali nell'Ue, e di contribuire ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei cittadini nel territorio degli Stati membri. Tali norme minime

per l'armonizzazione dei diritti processuali si sarebbero dovute adottare mediante lo strumento della direttiva. In tal modo, si sarebbe favorita un'applicazione coerente in tutto il territorio dell'Unione di tali *standard*.

Una volta, quindi, constatata la necessità di sviluppare le norme contenute nei testi sovranazionali in materia di protezione dei diritti fondamentali e dopo aver scelto lo strumento della direttiva, le istituzioni europee scelsero la tecnica dell'armonizzazione minima.

Le direttive si propongono di stabilire una cornice legale minima, una base giuridica vincolante per gli Stati membri dell'Ue, che dovrà tendere al conseguimento di un obiettivo omogeneo, sebbene lascino un margine di attuazione agli Stati membri rispetto alla forma e ai mezzi attraverso cui raggiungere tali obiettivi, legittimandoli ad elevare lo *standard* di tutela previsto in tali misure.

Gli Stati membri dell'Ue, anche se hanno l'obbligazione di raggiungere gli obiettivi fissati in questo tipo di atti, dispongono di un margine di discrezionalità che permette di modulare le loro attuazioni affinché rispettino le tradizioni e le specificità dei diversi sistemi giuridici, preservando le identità nazionali, e possano adattarsi facilmente alla nuova cornice comune.

Mediante l'adozione di disposizioni minime si intende rafforzare la protezione giurisdizionale delle persone coinvolte in un procedimento penale, perché indagate o accusate di aver commesso una fattispecie di reato nel territorio dell'Ue, assicurando il diritto di accesso alla giustizia e a un processo con tutte le garanzie in condizioni di uguaglianza.

E sebbene la tecnica dell'armonizzazione minima rischi di riservare un'autonomia abbastanza ampia agli Stati nella definizione dei concetti e delle categorie contenute nelle direttive, mantenendo differenze in molti casi profonde tra i distinti ordinamenti, li obbliga a riconoscere nei loro ordinamenti interni, mediante la trasposizione di quanto disposto nelle direttive, tali diritti o, ad ogni

modo, ad adottare, se non lo avessero fatto prima, tutte le misure necessarie per raggiungere il livello minimo di protezione, riconosciuto in tali atti normativi.

La volontà politica degli Stati dell'UE di proseguire nel cammino verso la creazione di un vero spazio europeo di giustizia ha avuto la sua prima concretizzazione, con l'adozione, il 20 ottobre 2010, della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, mediante la quale l'UE ha stabilito norme minime in questo ambito.

L'adozione della prima di queste misure ha favorito i processi di negoziazione per l'adozione di altre in questo ambito: la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, e la direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

Tali direttive rappresentano, senza dubbio, un importante passo in avanti nel cammino verso l'adozione di *standard* europei uniformi concernenti i diritti fondamentali di carattere processuale. In questo modo, si permetterà di rafforzare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati che la integrano in un clima di reciproca fiducia, contribuendo a ridurre le distanze tra i distinti sistemi giudiziari penali, e ad approssimare le legislazioni processuali degli Stati membri. Stabilendo un «modello minimo», l'Ue cerca di favorire una regolazione ed applicazione uniforme del diritto alla tutela giudiziaria effettiva e ad un processo equo nei suoi Stati membri, avanzando nella costruzione di uno spazio di giustizia penale europeo.

X. In ragione di queste considerazioni, si deduce che la costruzione di un sistema europeo di giustizia penale, basato su un insieme di *standard* minimi uniformi generalmente condivisi dagli Stati membri dell'Ue è un processo in *itinere*, che si alimenta delle tendenze dei distinti livelli e spazi costituzionali, nei quali il sistema si articola: lo spazio costituzionale nazionale, lo spazio costituzionale europeo e lo spazio costituzionale internazionale.

Sebbene questo sia un percorso lungo e irto di ostacoli, molti sono stati i progressi realizzati dall'inizio del processo di integrazione europea. L'interazione e il dialogo tra i giudici europei assieme all'uso delle tecniche di integrazione analizzate rappresentano la manifestazione tangibile da parte degli Stati membri della volontà di proseguire in questo cammino, affinché la protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'UE non sia astratta ed illusoria ma reale ed effettiva.