

Principios generales del Derecho Penal en la Unión Europea

**ROSARIA SICURELLA, VALSAMIS MITSILEGAS,
RAPHAËLE PARIZOT, ANALISA LUCIFORA (ED)**



Derecho Penal
y Procesal Penal

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL
EN LA UNIÓN EUROPEA

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuellar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

ROSARIA SICURELLA, VALSAMIS MITSILEGAS,
RAPHAËLE PARIZOT, ANALISA LUCIFORA (ED.)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2020

Primera edición: octubre de 2020



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

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

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

© Rosaria Sicurella, Valsamis Mitsilegas, Raphaële Parizot, Analisa Lucifora (ed.)
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-20-167-2 (edición en papel)
090-20-168-8 (edición en línea, PDF)
090-20-169-3 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2654-4

Depósito legal: M-25129-2020

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

ÍNDICE

LOS AUTORES	19
LA TRADUCCIÓN	21
PRESENTACIÓN	23
INTRODUCCIÓN. LA CREACIÓN DE UNA CULTURA PENAL EUROPEA: EN LA CONFIANZA CONFIAMOS. <i>Rosaria Sicurella</i>	27
1. Consideraciones introductorias	27
2. Confianza mutua y los fundamentos de la responsabilidad penal individual en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia	32
3. Confianza mutua y cooperación entre autoridades estatales en el ELSJ.....	35
4. Replanteamiento de la experiencia de <i>ius commune</i> entre los Estados Miembros de la Unión Europea: la búsqueda de los fundamentos de una cultura común en materia de Derecho penal	41
5. Nuevos conceptos jurídicos para un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras: hacia una teoría general básica común del Derecho penal	48
6. Observaciones finales	50
CAPÍTULO 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. <i>Rosaria Sicurella y Martina Costa</i>	53
Aspectos generales	54
Sección I. El principio en la Unión Europea	56
1. Introducción	56
2. Ámbito de aplicación y contenidos	58

	Páginas
2.1 Alcance	59
2.1.1 <i>Ratione personae</i> : Estados Miembros y autoridades de la UE	59
2.1.2 <i>Ratione materiae</i> : «delito» y «sanción» en el CEDH y en la CDFUE	60
2.2 Contenido	61
2.2.1 La calidad de la ley: accesibilidad y previsibilidad del delito y la pena	61
2.2.2 Subprincipios consagrados por el principio de legalidad	63
2.2.2.1 Prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal	64
2.2.2.2 Prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía o interpretación extensiva	66
2.2.2.3 Aplicación retroactiva de la ley más favorable (<i>lex mitior</i>)	66
3. Cuestiones particulares	67
3.1 Delitos «según los principios generales reconocidos por la comunidad de naciones»	67
3.2 <i>Nullum crimen</i> y error de prohibición	68
3.3 <i>Nullum crimen</i> y exigencia de una <i>lex parlamentaria</i>	69
3.4 <i>Nullum crimen</i> como derecho fundamental y como principio	70
Sección II. Aproximación comparativa	73
1. Introducción	73
2. <i>Ius commune</i> por defecto	74
2.1 La prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal ..	74
2.2 Claridad y precisión de la ley	77
2.3 La prohibición de aplicación analógica del Derecho penal o de interpretación extensiva	79
2.4 La aplicación retroactiva de la ley más favorable (<i>lex mitior</i>)	81
3. Tendencias comunes existentes y tendencias emergentes	83
3.1 La exigencia de <i>lex parlamentaria</i>	83
3.2 Aplicación analógica favorable al acusado	84
Sección III. Cuestiones abiertas	85
1. Introducción	85
2. Críticas	85

	Páginas
2.1 El diferente alcance del principio de legalidad en la Unión Europea y a nivel nacional	85
2.1.1 Los plazos de prescripción	85
2.1.2 El concepto de «pena» (<i>penalty</i>)	87
2.2 Prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho penal e interpretación judicial	89
2.3 Claridad y precisión del Derecho penal	91
2.4 Prohibición de analogía	93
2.5 Aplicación retroactiva de una ley más favorable (<i>lex mitior</i>)	94
3. Conclusiones	95
CAPÍTULO 2 CULPABILIDAD/CULPA. <i>Thomas Elholm</i>	97
Sección I. Dimensión europea	98
1. Generalidades	98
2. Ámbito y contenido del principio de culpabilidad	99
2.1 El principio de culpabilidad está reconocido en la Unión Europea	99
2.2 Concepto de <i>mens rea</i>	100
2.2.1 Culpabilidad y <i>mens rea</i> como dolo e imprudencia	100
2.2.2 Definición autónoma, uniforme y contextual de dolo/imprudencia	101
2.2.3 Definición de dolo en el ámbito de las sanciones administrativas	102
2.3 Excepciones al principio de culpabilidad en la Unión Europea	105
2.4 El CEDH y las excepciones al principio de culpabilidad	106
2.4.1 Presunción de culpabilidad y responsabilidad penal objetiva	106
2.4.2 Cuando cumplir la ley es difícil (<i>error juris</i>)	108
3. Cuestiones específicas	110
3.1 Introducción	110
3.2 Proporcionalidad y principio de culpabilidad	111
3.2.1 Los dos tipos de proporcionalidad	111

	Páginas
3.2.2	Proporcionalidad prospectiva: la responsabilidad penal objetiva, o la presunción de culpabilidad, es aceptable cuando tiene fines preventivos 111
3.2.3	Proporcionalidad retrospectiva: el principio de culpabilidad es relevante para establecer y ponderar la gravedad de la sanción 114
Sección II. Dimensión comparada 117	
1.	Introducción 117
1.1	Relevancia constitucional del principio de culpabilidad 117
2.	El <i>ius commune</i> por defecto 118
2.1	Introducción 118
2.2	Definición de dolo e imprudencia 119
2.3	Excepciones al principio de culpabilidad 121
2.4	La gravedad de la sanción 122
2.5	Una categoría general derivada de las tendencias comunes ... 122
3.	Tendencias comunes existentes o emergentes 123
3.1	La cultura común 123
3.2	Argumentos comunes: ética versus prevención 124
3.3	Un entendimiento común: limitar la gravedad de la sanción . 125
3.4	Una necesidad común: sancionar a las personas jurídicas 126
Sección III. Cuestiones abiertas 127	
1.	Cuestiones generales 127
1.1	Introducción 127
1.2	El dolo y la negligencia no están definidas en el derecho de la Unión Europea 127
1.3	Cuando el legislador nacional es «demasiado severo» 128
1.4	Cuando en el derecho de la Unión Europea se aplica un concepto no reconocido por un Estado miembro 129
1.5	Cuando un nacional es tratado de manera diferente a otros ciudadanos europeos 130
1.6	¿Son aplicables las normas nacionales relativas al <i>error juris</i> ? 131
2.	Cuestiones no resueltas en el ámbito de la Unión Europea 131
3.	Problemas derivados de la implementación de la Directiva PIF o del Reglamento sobre la fiscalía europea 133

CAPÍTULO 3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. <i>Adán Nieto Martín</i>	135
Sección I. Dimensión europea	135
1. Generalidades	135
1.1 Las dos caras de la moneda: proporcionalidad y deferencia	135
1.2 Un término polisémico: Tres principios diferentes bajo un mismo nombre	137
1.3 Constitucionalismo multinivel y principio de proporcionalidad	139
2. La proporcionalidad supranacional	141
2.1 Las áreas de deferencia	141
2.2 La estructura del principio	144
2.2.1 Protección de un interés relevante	145
2.2.2 Idoneidad	147
2.2.3 Necesidad	148
2.2.4 Proporcionalidad en sentido estricto	150
3. La proporcionalidad de las penas	152
Sección II. Dimensión comparada	155
1. Introducción	155
2. <i>Ius Commune</i>	157
2.1 Proporcionalidad y bien jurídico protegido	157
2.2 Delitos de peligro, de sospecha y de posesión	160
2.3 Derecho penal de autor y principio de proporcionalidad	162
3. Tendencias comunes	164
3.1 Principios actuando en red	164
3.2 Inconstitucionalidad v interpretación conforme a la Constitución	165
3.3 Proporcionalidad prospectiva y retrospectiva	169
3.4 Evaluación legislativa y proporcionalidad	172
Sección III. Cuestiones abiertas	174
1. Penas largas de prisión y proporcionalidad	175
2. Principio de proporcionalidad y obligaciones de tutela	179

	Páginas
CAPÍTULO 4. PROCESO JUSTO Y DERECHOS DE DEFENSA. <i>Thomas Wahl</i>	181
Sección I. Dimensión europea	182
1. Introducción	182
2. Alcance y contenido	184
2.1 Alcance	184
2.2 Contenido	186
2.2.1 Derecho a ser informado	186
2.2.1.1 Derecho de las personas sospechosas o acusadas a ser informadas sobre sus derechos	186
2.2.1.2 Declaración sobre los derechos en el momento de la detención	187
2.2.1.3 Obligación de informar sobre la acusación	188
2.2.1.3.1 Todos los sospechosos o acusados	189
2.2.1.3.2 Personas detenidas o privadas de libertad	189
2.2.1.3.3 El acusado en el juicio	189
2.2.1.4 La cuestión de las modificaciones en la acusación	190
2.2.2 Derecho a defenderse personalmente	191
2.2.2.1 Participación efectiva en el juicio oral ..	191
2.2.2.2 Limitaciones	192
2.2.3 Derecho a ser asistido por un letrado de su elección ...	193
2.2.3.1 Defensa práctica y efectiva	194
2.2.3.2 Comunicación con el letrado	195
2.2.3.3 Presencia del letrado	195
2.2.3.4 Obligaciones en los procedimientos de ODE	196
2.2.3.5. Limitaciones	196
2.2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita	197
2.2.5 Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete	200

	Páginas
2.2.5.1 Interpretación	200
2.2.5.2 Traducción	201
2.2.5.3 Limitaciones	203
2.2.6 Derecho a permanecer en silencio/derecho a no autoincriminarse	203
2.2.6.1 Obligaciones y directrices del TEDH	204
2.2.6.2 Limitaciones	205
3. Aspectos peculiares	207
3.1 Plazos	207
3.2 Registros	207
3.3 Recursos	208
3.4 Calidad y formación	208
3.5 La excepción de los delitos menos graves	208
Sección II. Derechos de defensa como fundamento para el juicio justo.	
Dimensión comparada	209
1. Introducción	209
2. <i>Ius commune</i> por defecto	211
2.1 Derecho a la información	211
2.2 Derecho a estar presente en el juicio	212
2.3 Derecho a ser asistido por un letrado de su elección	213
2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita	214
2.5 Derecho a traducción e interpretación gratuitas	214
2.6 Derecho a no autoincriminarse	215
3. Tendencias existentes/emergentes	216
3.1 «Constitucionalización» de los derechos de defensa	216
3.2 Exhaustividad y mecanismos de verificación del derecho a la información	217
3.3 El deber del acusado de comparecer y las garantías para su comparecencia práctica/efectiva	219
3.4 Aproximaciones proactivas para asegurar la asistencia letrada y las investigaciones de la defensa	220
3.5 Calidad y extensión del sistema de asistencia jurídica gratuita ...	222
3.6 <i>In dubio pro-interpretación</i>	224
3.7 Efecto expansivo del <i>nemo tenetur</i> en procedimientos administrativos/tributarios	224

	Páginas
Sección III. Cuestiones abiertas	227
1. Introducción	227
2. Aspectos problemáticos en el plano nacional	228
2.1 Diversidades nacionales como obstáculo para la cooperación	228
2.2 Problemas planteados en los tribunales nacionales. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las directivas relativas a los derechos de defensa	228
3. Problemas específicos de la PIF: Directivas relativas a los derechos de defensa en el contexto de las investigaciones de la Fiscalía Europea	231
CAPÍTULO 5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. <i>Raphaële Parizot</i>	235
Sección I. Dimensión europea	236
1. Rasgos generales	236
1.1 El derecho a la presunción de inocencia	236
1.2 La presunción de inocencia, un principio rector de la prueba	237
2. Alcance y contenidos del principio	238
2.1 Presentación general de la legislación sobre presunción de inocencia y prueba	238
2.2 La necesidad de una sentencia condenatoria definitiva para poder considerar al sospechoso culpable	241
2.2.1 La prohibición de la comparecencia como culpable antes de una sentencia condenatoria definitiva	241
2.2.1.1 La prohibición de referencias públicas a la culpabilidad	241
2.2.1.2 La prohibición de la representación física como culpable	243
2.2.2 La prohibición de la apariencia de culpabilidad tras la interrupción o la absolución de un procedimiento penal	244
2.3 La carga de la prueba	245
2.3.1 Las presunciones de hecho o de derecho	246
2.3.2 La prueba por el juez o la defensa	246
3. Excepciones: los límites de la prueba	247

	Páginas
Sección II. Dimensión comparada	249
1. Introducción	249
2. Soluciones comunes	251
2.1 La prohibición de aparecer como culpable antes de una decisión judicial firme y después del sobreseimiento o absolución	251
2.1.1 Antes de la decisión judicial de culpabilidad	251
2.1.2 Después de una absolución o suspensión	253
2.2 La carga de la prueba	253
2.2.1 El significado de la carga de la prueba y el papel de la fiscalía, el juez y la defensa	253
2.2.2 Las presunciones de hecho o de derecho	255
2.3 <i>In dubio pro reo</i>	255
2.4 Los límites de la prueba	256
3. Tendencias comunes	258
3.1 La verdad material	258
3.2 La compensación por la violación de la presunción de ino- cencia	259
Sección 3. Cuestiones sin resolver	260
1. La Directiva 2016/343	260
2. La presunción de inocencia, la prueba y la OLAF	261
CAPÍTULO 6. PROCESO JUSTO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. <i>Joanna Mierzwinka-Lorencka y Celina Nowak</i>	263
Sección I. Dimensión europea	263
1. Introducción	263
2. El principio en la normativa y jurisprudencia europea	265
2.1 Proceso equitativo (órgano judicial)	265
2.1.1 Tribunal independiente e imparcial establecido pre- viamente por la ley	265
2.1.1.1 Tribunal establecido previamente por la ley .	265
2.1.1.2 Independencia	266

	Páginas
2.1.2 Audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable	269
2.1.3 Audiencia dentro de un plazo razonable	271
2.2 El principio de la tutela judicial efectiva	272
3. Cuestiones específicas	275
Sección II. Dimensión comparada	275
1. Introducción	275
2. Tendencias comunes	277
2.1 Tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley	277
2.1.1 El tribunal establecido previamente por la ley	278
2.1.2 Independencia e imparcialidad	279
2.2 Audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable	282
2.2.1 Audiencia equitativa y pública	282
2.2.2 Plazo razonable	285
2.3 El principio de la tutela judicial efectiva	286
3. Tendencias emergentes comunes	291
Sección III. Cuestiones pendientes	291
1. Introducción	291
2. Cuestiones problemáticas/conflictivas pendientes	292
2.1 Cuestiones problemáticas a nivel nacional	292
2.2 Cuestiones problemáticas a nivel europeo	295
3. Cuestiones problemáticas pendientes en el sector PIF	295
CAPÍTULO 7. <i>NE BIS IN IDEM. Valsamis Mitsilegas y Fabio Giuffrida</i> ...	297
Sección I. Dimensión de la Unión Europea	297
1. Aspectos generales	297
1.1 Introducción	297
1.2 La legislación sobre <i>ne bis in idem</i> a nivel europeo	299

	Páginas
2. Alcance y contenido del principio <i>ne bis in idem</i>	301
2.1 El elemento «bis»	301
2.2 El elemento «ídem»	307
2.3 La condición de ejecución del artículo 54 del CAAS y su relación con el artículo 50 CDF	309
3. Cuestiones particulares: <i>ne bis in idem</i> en los casos de procedimientos administrativos y penales concurrentes	312
Sección II. Dimensión comparativa	316
1. Introducción: <i>ne bis in idem</i> como principio fundamental	316
2. <i>Ius commune</i> por defecto: artículo 54 del CAAS y el sistema transnacional <i>ne bis in idem</i>	317
3. Tendencias comunes existentes/emergentes: la noción de bis a nivel nacional	320
Sección III. Cuestiones pendientes	324
1. Introducción	324
2. Cuestiones no resueltas a nivel nacional: la noción de «ídem»	324
3. Cuestiones no resueltas en el sector de los PIF	329
3.1 <i>Ne bis in idem</i> en caso de procedimientos administrativos y penales concurrentes	329
3.2 <i>Ne bis in idem</i> a la luz del establecimiento de la EPPO	334

LOS AUTORES

MARTINA COSTA. LL. M. Universidad de Catania.

THOMAS ELHOLM. Profesor de Derecho penal en la Universidad de Southern Denmark.

FABIO GIUFFRIDA. Ph. D. cand iura en Derecho penal europeo en la Universidad Queen Mary. Londres.

JOANNA MIERZWINSKA LORENCKA. Investigadora Postdoctoral en Derecho penal en el Instituto de Derecho penal de la Academia polaca de ciencias.

VALSAMIS MITSILEGAS. Profesor de Derecho penal, Director del Departamento de Derecho y responsable de investigación en derecho y humanidades de la Universidad Queen Mary. Londres.

ADÁN NIETO MARTÍN. Profesor de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

CELINA NOWAK. Profesora de Derecho penal en el Instituto de Derecho penal de la Academia polaca de ciencias.

RAPHAËLE PARIZOT. Profesora en la Universidad París Nanterre.

ROSARIA SICURELLA. Profesora de Derecho penal en la Universidad de Catania.

THOMAS WAHL. Investigador Senior del Instituto Max Planck para la investigación en criminalidad, seguridad y derecho, Friburgo i. Br.

LA TRADUCCIÓN

La traducción ha estado coordinada por la Prof. Marta Muñoz de Morales y Adán Nieto Martín (UCLM). La traducción de los distintos capítulos ha corrido a cargo de: Capítulo I, Faustino García de la Torre, estudiante de doctorado (UCLM); Capítulo II, Beatriz López Lorca, Profesora de Derecho penal (ULCM); Capítulo IV, Beatriz García-Moreno, Profesora de Derecho penal (ICADE y CEU San Pablo); Capítulo V, P. Marina Nieto Rojas, estudiante de Derecho y Ciencias Políticas (UAM); Capítulo VI, Ane Madariaga Echarri, estudiante de Traducción e interpretación (Universidad de Alicante); Introducción y Capítulo VI, Alfonso de la Guía, Investigador (UCLM).

PRESENTACIÓN

El presente volumen recoge los resultados de un proyecto de investigación¹ liderado por la profesora Rosaria Sicurella, ejecutado en el *Centro di Diritto Penale Europeo* de la Universidad de Catania y financiado por el programa Hercule III 2014-2020 de la OLAF. Su objetivo era contribuir a la implementación de la Fiscalía Europea y mejorar la cooperación judicial. La originalidad principal de este proyecto radicaba en centrarse en la formación de los profesionales implicados en estas tareas, con el fin de ayudarles a analizar sus casos nacionales desde la perspectiva del Derecho europeo y mostrarles además que bajo la posible diversidad de sus ordenamientos existe una amplia comunidad de principios que derivan de los derechos fundamentales y de la esencia del Estado de derecho.

El contenido de este libro me parece de gran importancia porque demuestra que todos nosotros, los europeos, tenemos un suelo de garantías comunes, pero sobre todo porque esta demostración la realiza a partir del estudio más completo y sistemático de la jurisprudencia constitucional nacional y supranacional comparada que conozco. Constituye un estudio por tanto de gran importancia teórica y práctica, en cuanto que condensa décadas de constitucionalismo penal europeo. El lector encontrará las sentencias más importantes del TEDH, del TJUE pero también de la justicia constitucional nacional, de los países que abarcaba este estudio, relativas al Derecho penal. Ya sabíamos que los académicos teníamos un lenguaje común en torno a las garantías, pero ha

¹ Preparing the environment for the EPPO: Fostering mutual trust by improving existing common legal heritage and enhancing common legal understanding. Proposal for a preliminary study and guidelines for a model of framework curriculum for the legal training of practitioners in the PIF sector» (EU-PenTRAIN).

sido alentador comprobar que también los jueces, con una visión generalmente más apegada a la legalidad nacional, interpretan las garantías básicas del Derecho penal de manera similar. Esta homogeneidad no quiere decir uniformidad, existen desde luego divergencias, más tras leer los diferentes capítulos es fácil percibir que son accidentales y que el recorte en un determinado principio, se compensa normalmente con un equilibrio en otra garantía.

La lectura de la obra nos muestra además que el Derecho penal constitucional es una realidad en todos los Estados que han sido objeto de este estudio (Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia, Polonia y el Reino Unido) y que existe además un claro diálogo, con subida de tono ocasionales, entre jueces nacionales y supranacionales. Prueba de ellos son casos como *Taricco*, *El Dridi* o *N. S.* Lo relevante es comprobar sin embargo cómo esta interrelación provoca el que las garantías normalmente salgan reforzadas. La persistencia de la Corte Constitucional italiana en *Taricco* condujo al TJUE a que resolviera la tensión entre efectividad y respeto a un Derecho fundamental a favor de las garantías. Coetáneamente, la jurisprudencia del TJUE en *El Dridi*, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, obligó a revisar el Derecho penal relativo a la inmigración en Italia. El empeño del TEDH en mirar a la realidad de los campos de refugiados en *N. S.* condujo al TEDH a enfrentarse también con la realidad de algunos sistemas penitenciarios en *Aranyosi* y *Caldararu*, etc. Es verdad que en este punto, en el ordenamiento español, tenemos un sabor amargo tras *Melloni*, más en este caso el TJUE pretendía sobre todo delimitar cuál era el terreno exclusivo de las garantías europeas y con ello afirmar la primacía del Derecho de la Unión.

Ha sido y debe ser parte de la cultura jurídica común europea el que esta se construya respetando la diversidad y en este punto la diversidad lingüística resulta un hecho esencial. Ignoraríamos nuestro patrimonio común si reprodujéramos todo el debate en una única lengua, la inglesa, y olvidáramos que el alemán, francés, italiano han sido esenciales en la construcción del *ius commune*. La traducción de lo que otros han escrito en sus respectivas lenguas, enriquece; el obligarnos a expresarnos todos en una misma lengua, que a veces sólo modestamente se domina, empobrece. La cultura jurídica española, desde que en los albores del siglo XIX Ramón Salas y Toribio Núñez tradujeran la obra de Bentham, se ha destacado por otorgar una importancia destacada a la traducción, que debe seguir manteniéndose como parte esencial de la formación de los jóvenes investigadores, y ello por mucho que las agencias evaluadoras de turno la consideren una actividad de segundo orden. Agradecemos por ello enormemente a los jóvenes investigadores que han realizados la tra-

ducción de los textos que hayan dedicado su esfuerzo a una tarea hoy tan poco considerada.

A los autores de este libro y a los traductores nos honra especialmente el que esta obra se edite por el BOE dentro de su impresionante Biblioteca Jurídica Digital y nos alegra también que su director, el Profesor Luis Rodríguez Ramos, tuvieran a bien abrir una sección dedicada al Derecho penal europeo que esta obra inaugura.

ADÁN NIETO MARTÍN

MARTA MUÑOZ DE MORALES

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

INTRODUCCIÓN

LA CREACIÓN DE UNA CULTURA PENAL EUROPEA: EN LA CONFIANZA CONFIAMOS

ROSARIA SICURELLA

SUMARIO: 1. Consideraciones introductorias.–2. Confianza mutua y los fundamentos de la responsabilidad penal individual en el Espacio de libertad, seguridad y justicia.–3. Confianza mutua y cooperación entre autoridades estatales en el ELSJ.–4. Replanteamiento de la experiencia de *ius commune* entre los Estados Miembros de la UE: la búsqueda de los fundamentos de una cultura común en materia de Derecho penal.–5. Nuevos conceptos jurídicos para un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras: hacia una teoría general básica común del Derecho penal.–6. Observaciones finales.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El término «confianza» constituye hoy un concepto clave en el discurso político y legislativo de las instituciones europeas, al igual que en alguna de las decisiones más importantes del TJUE. Ello se debe al debate que ha generado la implementación de los instrumentos legales que han desarrollado el principio de reconocimiento mutuo, que como bien es sabido ganó su reconocimiento político en el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 y fue después consagrado por el Tratado de Lisboa como el principio rector de la cooperación judicial en materia penal.

Aunque, a diferencia de lo que ocurrió con dicho principio, la confianza no fue reconocida por el Tratado¹, tanto para la Comisión², y sobre todo para el Tribunal de Justicia constituye «una implicación necesaria que los Estados Miembros tengan confianza mutua en sus sistemas penales y que entre ellos reconozcan sus normativas vigentes, incluso cuando los resultados a los que lleva su aplicación puedan ser diferentes a los que se producirían de aplicar su propia normativa penal»³. Como puede verse, la «confianza» no necesita ser establecida por la ley, sino que se presume, a partir de la idea de que en todos los Estados Miembros los sistemas penales resultan lo suficientemente equivalentes. El reconocimiento mutuo se basa en la doble *creencia* según la cual en la UE existe una protección equivalente de derechos individuales, y que además se confía generalizadamente en que estos principios se aplican con normalidad en los Estados Miembros. Los derechos individuales no se reducen además a los derechos fundamentales, reconocidos por la CEDF o por el CEDH, sino que incluyen otras garantías que resultan aplicables cuando se aborda la responsabilidad penal de los ciudadanos⁴.

De manera más genérica se considera incluso que la confianza se encuentra en los cimientos del proceso de integración europea, en el corazón de la creación progresiva de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa» (art. 1 TUE), que «ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia» (art. 3.2 TUE). Sin un grado de confianza básica sería inimaginable la estrecha relación entre estados y la mayor interdependencia derivadas del proceso de integración, al igual que el desarrollo de la UE como espacio sin fronteras. Esta confianza reside esencialmente en el hecho de que todos los Estados Miembros comparten los mismos valores comunes, tal como ahora se establece de manera formal en el art. 2 del TUE, y que estos forman parte de los elementos constituyentes de la identidad europea⁵. La confianza mutua representa por ello un elemento esencial de la construcción europea.

¹ Art. I-42 del Tratado mediante el que se establece una Constitución para la Unión Europea, en relación con el compromiso de la UE «para promover la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados Miembros.» Esta provisión no se incluyó finalmente en el Tratado de Lisboa.

² Comunicación sobre el reconocimiento mutuo en materia penal, COM (2000) 49 5 final, para 3.1.

³ TJUE 11-2-2003, *Gözütok y Brugge*, C-187/01 y C-385/01, EU: C:2003:87, para 33.

⁴ El TJUE ha adoptado recientemente un aproximación amplia que se extiende más allá de la referencia a derechos fundamentales y que incluye el respeto a otros valores fundamentales que derivan del Estado de Derecho, y en particular de la separación de poderes; TJUE 10-11-2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU: C:2016:858, para 35; TJUE 10-11-2016, *Kovalkovas*, C- 477/16 PPU, EU: C:2016:861, para 36.

⁵ Vid. igualmente el art. 3 TUE, y especialmente lo establecido en el art. 3.1 TUE y art. 3.5 TEU, el último proyectando estos valores a la dimensión externa de la UE.

En este sentido, podría apreciarse también una similitud entre el concepto de confianza mutua y el concepto de cooperación leal recogido en el art. 3 del TUE (art. 10 del Tratado de Ámsterdam). El TJUE desarrolló su razonamiento acerca de la confianza mutua confiando en la relación inherente entre esta y el compromiso efectivo de los Estados Miembros a respetar los derechos fundamentales previstos en el art. 2 del TUE. Mas concretamente, la circunstancia de que los Estados compartan estos valores al mismo tiempo «implica» y «justifica» la confianza mutua. De acuerdo con la Corte, la confianza mutua sólo es posible a partir de esta «premisa fundamental»⁶. El TJUE, por consiguiente, adopta una posición muy radical acerca de la presunción de confianza mutua. Pese a ello, a los efectos de justificar la confianza mutua, el cumplimiento con los valores comunes debe también encontrar su reflejo en la adopción, dentro del ámbito doméstico, de normas apropiadas para implementarlos correctamente⁷. El cumplimiento *in abstracto* con los estándares comunes no es suficiente. La confianza *in concreto* requiere una equivalencia en la protección auténtica, conjuntamente con el conocimiento mutuo de la misma, lo que es problemático de conseguir.

Desde el establecimiento del principio de reconocimiento mutuo, la confianza mutua ha mutado en la argumentación del TJUE: de un simple argumento discursivo en los primeros tiempos (con el fin de apoyar las iniciativas que implementaban el principio de reconocimiento mutuo), pasó a ser un concepto jurídico, para finalmente erigirse como un «principio fundamental» de la UE tal como establece en su Opinión 2/2013⁸. Con ello la Corte rechaza que la confianza tenga un carácter eminentemente subjetivo y que también pueda estar sujeta a cambios (dinámica). La opinión que transforma la confianza en un concepto legal impide además que sea objeto de control judicial⁹, y desconoce que la confianza es algo no puede imponerse, fundamentándose en un proceso continuo que nunca puede ser completo¹⁰. Esta posición, además de definir la confianza mutua como la *raison d'être*¹¹ de la Unión Europea, intro-

⁶ Opinión 2/2013, EU: C:2014:2454, paras 167-168.

⁷ En este sentido, vid. Abogado General Dámaso Ruiz Jarabo Colomer en su opinión a *Gözütok y Brugge*, especialmente párrafos 55 y 124.

⁸ E. HERLIN-KARNELL, *Constitutional Principles in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, en D. ACOSTA – C. MURPHY (eds.), *EU Security and Justice Law*, Oxford, 2014, p. 36.

⁹ Vid. también V. MITSILGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, en C. GRANDI (ed.), *Justice and trust in the European Legal Order*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 33-34

¹⁰ Vid. H. LABAYLE, *Faut-il encore avoir confiance dans la confiance mutuelle?*, in *Mélanges en l'honneur de Antonio Tizzano*, (en prensa).

¹¹ ECJ 21-12-2011, *N. S. v. Secretary of State for the Home Department*, C-411/10 y C-493/10, EU: C:2011:865, párrafo 61. El TJUE sin embargo concluye que la presunción de confianza mutua puede ser refutada si es Sistema en cuestión no cumple con la Carta, vid. además *supra*.

duce como singularidad del ordenamiento europeo la posibilidad de que el TEDE controle el respeto a los derechos fundamentales¹², lo que entraña paradójicamente el riesgo de minar los fundamentos de la identidad europea y su ordenamiento jurídico.

Afortunadamente, en relación con este último punto, la jurisprudencia más reciente muestra un cambio de rumbo evidente en la posición del TJUE. Su decisión en el caso *N. S* constituye un giro importante al marcar el fin de la cooperación automática¹³, al admitir que pueda refutarse la presunción concerniente al respeto de los derechos fundamentales¹⁴. Este viraje no sólo afecta a al Reglamento de Dublín, en materia de asilo, sino al entero sistema de cooperación en materia penal y civil. La última decisión del TJUE en *Aranyosi y Caldaru* ilustra definitivamente el abandono de su jurisprudencia anterior, y la búsqueda constante de acomodarse a las exigencias de una efectiva tutela de los Derechos fundamentales¹⁵. El giro de la Corte en estos últimos pronunciamientos, basados en un análisis caso a caso¹⁶, muestra el alejamiento de un concepto normativo y la admisión de que resulta necesaria una confianza mutua más real y supone ir dejando atrás una primera fase en que la confianza mutua se invocaba como parte del clásico argumento de la efectividad del derecho de la Unión

Es dado imaginar que el TJUE continuará por este camino, impulsando especialmente la efectividad de la CEDF con el fin de conseguir un nivel más efectivo de protección de derechos fundamentales. Y lo hará probablemente bajo la presión del TEDH, que recientemente ha adoptado un enfoque más riguroso a la hora de valorar el cumplimiento con la Convención del sistema de cooperación basado en el reconocimiento mutuo, abriendo la posibilidad de un cambio de actitud en relación con su posición previa alineada con la *presunción Bosporus*¹⁷. La diferente actitud del TJUE presumiblemente otorgará un nuevo impul-

¹² Opinion 2/2013, párrafo 153 ss.

¹³ TJUE, *N. S. v. Secretary of State*, párrafo 83

¹⁴ V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, en *YEurL*, 2012, pp. 319 ss., especialmente pp. 336-349.

¹⁵ TJUE 5-4-2016, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU: C:2016:198. Vid. igualmente TJUE 16-2-2017, *C. K., H. F., A. S. v. Slovenija*, C-578/16 PPU, EU: C:2017:127. En este sentido, subrayando el desarrollo de la relación existente entre reconocimiento mutuo, confianza mutua y protección de los derechos fundamentales en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia vid. V. MITSILEGAS, *Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon*, en V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTANTINIDES (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, ch. 7, pp. 148 ff.

¹⁶ Vid. E. HERLIN-KARNELL, *From Mutual Trust to the Full Effectiveness of EU Law: 10 Years of the European Arrest Warrant*, in *EurCurrL [European Current Law]*, 2013, pp. 373 ff.

¹⁷ TEDH (Gran Cámara) 23-5-2016, no. 17502/07, *Avotiņš v. Latvia*. Señalando que «al limitar en casos excepcionales el poder del Estado del que se solicita el reconocimiento a la hora de controlar el respeto a

so al legislador europeo para armonizar el derecho procesal penal de los Estados Miembros, en lo tocante especialmente a las garantías procesales.

Esta concepción del reconocimiento mutuo requiere sin embargo una aproximación al mismo que no lo aborde exclusivamente como un concepto legal, sino también como un concepto al que le es inherente una dimensión subjetiva, que tiene que ver con la opinión de cada autoridad que participe en el proceso de reconocimiento mutuo. Aunque existe una vinculación entre esta dimensión y una mayor armonización, resulta cuestionable que la confianza, como estado mental, puede alcanzarse exclusivamente a través de medidas legales. Resulta necesario un concepto mucho más substancial de confianza mutua, como objetivo y fundamento del sistema judicial europeo, basado en la idea una cultura legal compartida, que debe ser capa a su vez de mantener al menos en parte la diversidad de los derechos penales nacionales. Este objetivo implica que además de una mayor armonización del derecho interno, con el fin de generar un marco de juego similar, deben utilizarse también herramientas extralegales para construir la confianza, destinadas a aumentar el conocimiento de los ordenamientos legales de los estados miembros y sus puntos en común. Conseguir un conocimiento más profundo de los distintos sistemas, y de este modo aumentar una comprensión recíproca, es esencial en orden tanto a nutrir la creencia de que los otros Estados son merecedores de confianza e inculcar una actitud de apertura hacia la visión del otro¹⁸, como para entender que ningún sistema jurídico es el óptimo, ni el único que incorpora completamente los valores comunes.

Desarrollar esta visión compartida de los sistemas penales conducirá presumiblemente a la definición progresiva y al desarrollo de conceptos legales comunes, como los contenidos básicos de una teoría jurídica del delito europea. Esta teoría resulta crucial a la hora establecer una verdadera área común de justicia penal europea, en la que la definición de conceptos y construcciones comunes vayan reflejando los niveles de integración que progresivamente se van alcanzando. El desarrollo de una cultura penal compartida constituirá también una herramienta esencial para alimentar una comunicación y un entendimiento cada vez mayor entre todos los interesados. Y es que, en efecto, cuando consideramos los pasos que han de darse con el fin de mejorar la dimensión subjetiva de la confianza mutua, lo que está en juego no es sólo de la confianza

los derechos fundamentales por parte del Estado de emisión se podría, ir en la práctica contra las exigencias impuestas por la Convención...», la posición de la Corte contrasta en este caso de manera notoria con la del TJUE en su Opinión 2/13. Vid. igualmente TEDH 4-11-2014, *Tarakhel v. Switzerland*, no. 29217/12.

¹⁸ Vid. S. ALEGRE, *Mutual Trust-Lifting the Mask*, en G. DE KERCHOVE – A. WEYEMBERGH (eds), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual trust in the European Criminal Area*, Brussels, Editions Université Libre de Bruxelles, 2005, pp. 41 ff.

mutua entre las autoridades estatales sino también la confianza de los ciudadanos cuando son objeto de las medidas represivas de las autoridades estatales.

En efecto, durante mucho tiempo la confianza mutua ha sido considerada en la UE exclusivamente en un plano horizontal, como confianza mutua entre los Estados Miembros, orillando completamente el problema en su dimensión vertical, es decir, entre autoridades estatales y los ciudadanos, como la confianza que los individuos deben tener en el Estado cuando ejecuta su poder en el marco del reconocimiento mutuo¹⁹. Este tipo de confianza como una condición inherente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia entraña desde luego un objetivo cambiante: que cada ciudadano debe tener el mismo nivel de confianza en las garantías legales dentro de cada Estado miembro con independencia de su nacionalidad. La oportunidad de alcanzar esta meta se incrementará significativamente a través de la difusión de una visión compartida de la justicia penal a través de la UE, ofreciendo a los ciudadanos una idea clara y consistente de las consecuencias de una infracción.

Por ello es importante considerar la importancia crucial que tienen la confianza de los individuos frente a las autoridades estatales (vid. Sección 2), para posteriormente ocuparnos de cómo obtener una mayor confianza entre autoridades estatales (Sección 3) y el progresivo desarrollo de una cultura penal compartida (Sección 4), con el fin de incitar a la definición de una teoría jurídica común del Derecho penal (Sección 5).

2. CONFIANZA MUTUA Y LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

La consecución de la UE como un «área de libertad, seguridad y justicia» implica que las relaciones entre las dinámicas del Derecho supranacional y las del Derecho penal no son una cuestión contingente, sino una dimensión natural, fisiológica, de la Unión. Esta idea se confirma claramente en el art. 83 del TFUE que confiere al legislador europeo competencia para «adoptar reglas mínimas concernientes a la definición de las infracciones penales y de las sanciones». Aunque estas reglas pueden ser establecidas únicamente mediante directivas y carecen por tanto de efecto directo, la atribución de esta competencia demuestra claramente que el Derecho penal está reconocido formalmente entre los elementos constitutivos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

¹⁹ V. MILTSILEGAS, *Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights after Lisbon*, p. 160.

Esto implica una perspectiva diferente, en cuanto el Derecho penal no constituye hoy una competencia exclusiva de los Estados Miembros. No se trata simplemente de una cuestión de competencias en sentido estricto y va lógicamente mucho más allá de la vieja polémica relativa del impacto de los principios de la UE y sus dinámicas en el Derecho penal nacional. La existencia de un nuevo «espacio» –un territorio–, donde los individuos pueden circular y establecerse libremente como ciudadanos europeos, implica la necesidad de repensar los fundamentos del sistema penal y el modo en que éste se constituye dentro de este espacio. Más precisamente, el establecimiento de este Espacio como de Libertad, Seguridad y Justicia, tiene un impacto entre los ciudadanos y las autoridades encargadas de sancionar los delitos.

Resulta en efecto conveniente tener en cuenta que el punto de partida básico del moderno Derecho penal al establecer la intimidación como fin la sanción penal, además de servir de guía a los ciudadanos en relación con los comportamientos prohibidos, parte de que estas sanciones deben establecerse únicamente con el fin de tutelar bienes jurídicos esenciales para las personas y estar limitadas a lo estrictamente necesario para alcanzar este objetivo (principio de *extrema ratio*).

A la luz de estas consideraciones resulta esencial un cierto nivel de aproximación entre los distintos sistemas jurídicos, pues la armonización del Derecho penal de los estados miembros no representa únicamente un medio para mejorar la cooperación judicial, que de acuerdo con el Tratado es la primera expresión del principio de reconocimiento mutuo. La necesidad de alcanzar un grado de aproximación debe atender a superar aquellas divergencias de las que puede derivarse la discriminación y la no previsibilidad entre los ciudadanos europeos en relación con el castigo de delitos que afectan a los mismos intereses y, por ello, tienen previsto una sanción semejante a lo largo del Espacio europeo. Las discrepancias en el castigo de conductas similares afectan a la confianza de los ciudadanos, tanto en las dinámicas de la UE, encaminadas al desarrollo del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, como también ante sus propias autoridades. La necesidad y conveniencia de la sanción penal se pone en entredicho a través de divergencias persistentes en la respuesta penal a los mismos hechos. La libertad de movimiento de los ciudadanos europeos, y el derecho a establecerse en cualquier parte del territorio de la UE, juntamente con la aproximación cultural y social, pueden tener como efecto diluir el grado de intimidación de las sanciones penales y afectar a su función de guía, si persisten las discrepancias en una situación de *forum shopping* o afecten a la creencia básica acerca de lo justo y adecuado del castigo de comportamientos que afectan a los mismos valores. Mas aún, la intención de reintegrar al autor

del delito en su contexto social (resocialización) –que es el fundamento de las modernas teorías de la pena– puede quedar comprometida seriamente cuando difieran considerablemente de un país a otro las consecuencias de sus comportamientos²⁰. Ningún ciudadano que quiera ejercer su derecho a la libertad de movimientos puede verse además limitado por la falta de taxatividad de la ley, lo que afecta igualmente al modo en que se realiza el procedimiento penal y el respeto a los derechos fundamentales. Todo ello confirma la necesidad de alcanzar un cierto nivel de aproximación entre las reglas procesales y la defensa de derechos, tal como está previsto en el art. 82 del TFUE. La finalidad de mejorar la confianza mutua puede otorgar un ímpetu nuevo a nuevas iniciativas legislativas orientadas a armonizar el proceso penal, para que estas no se limiten a la medida en esto «sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza» (art. 82.2 TFUE).

De hecho, los conceptos de seguridad jurídica y confianza parecen reforzarse mutuamente.

Como ha destacado Neil MacCormick, la confianza constituye la base misma de la seguridad jurídica que permite a los ciudadanos vivir autónomamente. La seguridad jurídica debe interpretarse no sólo en términos de conocimiento o de máxima previsibilidad, sino también en términos de confianza²¹. En efecto, los ciudadanos pueden sufrir una violación de su confianza en la sociedad no porque no puedan predecir con exactitud su responsabilidad penal, sino porque han perdido la seguridad de que serán respetados en el ejercicio normal de sus derechos fundamentales. La actual situación de fragmentación de la legislación penal nacional que, por consiguiente, no comunica claramente los bienes jurídicos que subyacen al comportamiento prohibido, viola esa seguridad.

La confianza mutua, por definición, se basa en un «sentido común de la justicia» generalizado, que necesita un nivel adecuado de aproximación del Derecho penal, junto con iniciativas destinadas a promover el conocimiento y la comprensión mutuas de los sistemas jurídicos de otros Estados Miembros y de las iniciativas de política criminal de la Unión Europea. Estos ambiciosos objetivos entrañan una serie de dificultades con iniciativas que pueden tardar

²⁰ Para más detalles sobre este punto vid. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 356 ff., especialmente pp. 368-369 (donde se hace referencia a estos argumentos, a la par que a la necesidad de obtener un cierto nivel de unificación del Derecho penal en relación con la protección de un limitado número de intereses supranacionales).

²¹ Vid. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 16.

un tiempo considerable en dar su fruto. De hecho, la plena legitimidad de las iniciativas y procedimientos encaminados a mejorar el ELSJ requiere un sólido debate público a nivel europeo sobre las cuestiones de justicia penal más cruciales, que refleje la existencia de un verdadero pueblo europeo. El logro de esa realidad requiere igualmente la definición progresiva de una identidad europea, dentro de un contexto adecuado para una comunicación auténtica entre individuos, lo que exige también el desarrollo de una cultura europea (en sentido amplio), promovida en todos los niveles de la enseñanza y el aprendizaje, y especialmente a través de una serie de programas de estudio en universidades de todos los Estados Miembros de la UE.

3. CONFIANZA MUTUA Y COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES ESTATALES EN EL ELSJ

El establecimiento de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia que abarque el territorio de todos los Estados Miembros implica también un nuevo enfoque de los poderes represivos de las autoridades nacionales. Si bien se sigue manteniendo la competencia de las distintas autoridades nacionales –ya que el tratado no establece un órgano supranacional con competencia para la investigación (ni tampoco enjuiciamiento) de carácter general, que actúe con arreglo a normas comunes de procedimiento penal–, la idea de establecer gradualmente un ELSJ exige que la actividad cotidiana de los organismos encargados de hacer cumplir la ley refleje esa nueva dimensión. Como forma de avanzar se estableció el reconocimiento mutuo de (algunos) actos jurídicos (resoluciones) emitidos por las autoridades competentes de los demás Estados Miembros.

Cabe destacar la solución prevista en el Reglamento por el que se crea la Fiscalía Europea²², cuyo ámbito de competencia está estrictamente limitado por las disposiciones del artículo 22 que establecen la competencia material de la FE únicamente con respecto a los delitos en el sector de la protección de los intereses financieros de la UE (PIF) previstos en la Directiva (UE) 2017/1371; los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, tal y como se definen en la Decisión marco 2008/841/JAI; y cualquier otro delito que esté inextricablemente vinculado a una conducta delictiva que pueda calificarse de delito de PIF según lo previsto en dicha directiva. Además, la posibilidad de que la FE ejerza su jurisdicción en el caso concreto se ve aún más restringida

²² Reglamento del Consejo (UE) 2017/1939, DO L 283, 31-10-2017, pp. 1 ss.

por la interacción de los estrictos requisitos del artículo 25 del Reglamento. En lo que respecta a las facultades de investigación de la FE, además de un conjunto (mínimo) de medidas de investigación comunes (registro de locales, congelación de activos, interceptación de comunicaciones) que deben ponerse a disposición de los miembros de la FE en todos los Estados Miembros participantes, el Reglamento prevé un régimen *sui generis* para la cooperación transfronteriza entre los fiscales europeos delegados, apartándose del uso de los instrumentos estándar de asistencia mutua. El artículo 31 del Reglamento de la FE establece que, cuando sea necesario adoptar una medida en un Estado miembro distinto del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado responsable de las investigaciones que haya iniciado (a saber, el Fiscal Europeo Delegado encargado de las investigaciones), éste decidirá sobre la adopción de la medida necesaria y la «asignará» a un Fiscal Europeo Delegado ubicado en el Estado miembro en que haya de ejecutarse la medida.

Sin embargo, este procedimiento especial sólo se aplica cuando la FE tiene jurisdicción. Salvo en estos casos, se aplican las normas generales de cooperación en materia penal, que se basan principalmente en el principio de reconocimiento mutuo.

Al abordar la cuestión de la relación entre reconocimiento mutuo y confianza mutua²³, hay que tener presente la esencia misma del reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación en materia penal; es decir, crear las condiciones para que los Estados Miembros puedan -y quieran- cooperar a pesar de las diferencias que persisten entre los diversos ordenamientos jurídicos. Más concretamente, el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales fue la solución acordada por los Estados Miembros como forma de desarrollar un sistema de cooperación adecuado para gestionar las consecuencias de la abolición del control de las fronteras interiores, manteniendo al mismo tiempo el carácter esencialmente territorial del Derecho penal. Por último, el

²³ Aunque no se estableció un vínculo explícito entre el reconocimiento mutuo y la confianza mutua en el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999, ese vínculo se puso de relieve poco después en la comunicación de la Comisión sobre el reconocimiento mutuo (*Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, COM (2000) 495 final, pág. 4). Finalmente, se pasó a una presunción de confianza como base para la aplicación del reconocimiento mutuo en el «Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal», DO C 12, 15-01-2001, pp. 10 ss. El nexo entre el reconocimiento mutuo y la confianza mutua se reiteró y subrayó en *El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*, DO C 53, 3-3-2005, pp. 1 ss.), mientras que el posterior *Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, DO C 115, 4-5-2010, pp. 1 ss.) declaró que «garantizar la confianza» era «uno de los principales desafíos para el futuro» Véase también el Plan de Acción para la aplicación del Programa de Estocolmo, COM (2010) 171 final.

reconocimiento mutuo significa reconocer y adoptar una ampliación de las capacidades nacionales de aplicación de la ley, al tiempo que se procura garantizar su rapidez y eficacia.

Las disposiciones del tratado confirman y articulan claramente esta opción básica. En efecto, en el artículo 67 del TFUE, la disposición de apertura del capítulo V dedicado al ELSJ, establece que la UE constituye este espacio «dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los *distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados Miembros*». Esa declaración, junto con el genérico principio de respetar las identidades nacionales (artículo 4.3 del TUE), implica que el ELSJ no se basa únicamente en las normas de la UE, sino también en las normas nacionales que circulan en el territorio de la UE. El reconocimiento mutuo implica una situación en la que las legislaciones no son idénticas y en la que cada Estado miembro reconoce que las resoluciones emitidas por las autoridades de otros Estados Miembros tienen un «efecto equivalente» a las adoptadas por las autoridades nacionales. En efecto, es precisamente debido a la heterogeneidad de las legislaciones nacionales que un sistema de reconocimiento mutuo tiene sentido. Más concretamente, según el Tratado de Lisboa, el ELSJ se concibe como un espacio unificado en el que las resoluciones nacionales circulan libremente; aunque el mismo tratado parece reconocer la necesidad de que el reconocimiento mutuo vaya acompañado de cierto grado de armonización cuando confiere al legislador de la UE la competencia para adoptar directivas que establezcan normas mínimas sobre los derechos de las personas (además de algunos otros ámbitos). Así pues, si bien es deseable y factible una mayor armonización, el tratado excluye que la aproximación de las legislaciones nacionales pueda considerarse como el medio exclusivo (o incluso primario) de mejorar la cooperación entre los Estados Miembros de la UE.

Por último, la confianza mutua como premisa del reconocimiento mutuo no requiere que las soluciones utilizadas en los distintos Estados Miembros sean idénticas, sino simplemente que sean *compatibles y equivalentes*. Esto significa que, junto con un cierto nivel de armonización, pueden mantenerse algunas diferencias –incluso deben mantenerse– siempre que se respeten los valores comunes.

En efecto, de acuerdo con el razonamiento anterior, según la Comunicación de la Comisión²⁴, el reconocimiento mutuo de las decisiones finales se basa en el hecho de que las legislaciones nacionales no están plenamente armonizadas, y no lo estarán, al menos a corto o medio plazo. Corresponde a los

²⁴ COM (2000) 495 final.

Estados Miembros reconocer un acto emitido por otro Estado miembro siguiendo normas que difieren de las nacionales con efectos que deben considerarse como «equivalentes»; lo que exige la confianza en el ordenamiento jurídico de ese Estado miembro. El propio TJUE en la famosa sentencia *Advocaten voor de Wereld*²⁵ confirmó claramente la división entre «aproximación» del derecho nacional y «confianza» en los sistemas de cada Estado (que puede existir sin necesidad de lo primero).

Lo que se desprende de lo anterior es que, al adoptar la legislación de la UE basada en el principio de reconocimiento mutuo, los Estados Miembros se ponen de acuerdo sobre un procedimiento y no sobre el fondo real de las normas comunes de Derecho penal que se aplicarán en toda Europa. La aceptación de ese método se basa en la premisa de que los derechos fundamentales (en sentido amplio) se protegen de manera equivalente en toda la UE, independientemente de la diferencia que persista en las normas operacionales aplicadas (y teniendo en cuenta el hecho de que se establece un sistema de protección a nivel de la UE que puede aclarar cualquier posible discrepancia). Más concretamente, la aceptación de este método se basa en la creencia de que los demás Estados Miembros de la UE cumplen plenamente los principios de respeto de la libertad, la democracia y los derechos fundamentales.

Por último, la confianza mutua descansa en una visión compartida.

Con respecto a las autoridades estatales encargadas de aplicar la ley —en primera instancia las autoridades judiciales—, estas deben tener confianza no sólo en los sistemas jurídicos de otros Estados Miembros, sino más exactamente *en los efectos del funcionamiento de esos sistemas*, en las sentencias y decisiones emitidas por las autoridades de otros Estados Miembros. Esto implica consecuencias muy comprometedoras²⁶. En efecto, la confianza mutua no se basa en el logro de una comprensión puramente objetiva de los sistemas jurídicos de otros Estados Miembros, ni se basa en la creencia abstracta de que esos Estados cumplirán las normas comunes. La confianza mutua se basa de hecho en la convicción ganada, basada en conocimientos y experiencias concretas, de que los demás Estados Miembros cumplirán esas normas.

Sin embargo, si bien al principio esa presunción de confianza mutua parecía sólida, ya que no se daba prioridad a ninguna medida para fortalecerla, pronto se puso en tela de juicio y la Comisión articuló la necesidad de aumen-

²⁵ STJUE, de 3-5-2007, C- 303/05, EU: C:2007:261.

²⁶ Para una visión general, vid. N. PERSAK y J. STRUS, *Legitimacy and trust-related issues of judiciary: new challenges for Europe*, en N. PERSAK (ed.) *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice*, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, pp. 89 ss.

tar los niveles de confianza en su Libro Verde sobre los derechos procesales²⁷. Así pues, casi desde su introducción, se ha presumido que la confianza mutua existe y, al mismo tiempo, no existe²⁸.

Pese a lo anterior, se han hecho pocos esfuerzos para mejorar el fomento de la confianza o, si quiera, para identificar claramente el significado exacto y el funcionamiento de este concepto en el contexto de la Unión Europea, y especialmente en el de la justicia penal de la Unión Europea²⁹. De hecho, en ningún documento se establece un entendimiento común de su alcance y sus fundamentos³⁰. Ni siquiera el TJUE aclaró la noción de confianza a pesar de que la confianza mutua es un tema central de su jurisprudencia en el ámbito del ELSJ³¹, hasta su dictamen 2/2013³². En este caso, el Tribunal de Luxemburgo aclaró el concepto al establecer que la confianza mutua requiere que los Estados Miembros de la UE, salvo en circunstancias excepcionales, se consideren mutuamente conformes con el derecho de la UE y, en particular, con los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico de la UE. Sin embargo, incluso entonces, el TJUE se ha limitado a adherirse a la presunción sobre el respeto compartido de los derechos humanos, posición en la que el Tribunal ha sido considerado durante mucho tiempo como un bastión (en desacuerdo con la Comisión y también con el Parlamento Europeo, ambos después del Consejo de Tampere, que pedían medidas de fomento de la confianza, lo que demuestra la falta de esa confianza necesaria³³). Según el TJUE, los Estados Miembros, al aplicar la legislación de la UE, están obligados en principio (salvo en circunstancias excepcionales) a «presumir» que los derechos fundamentales han sido observados por otros Estados Miembros. Así pues, no sólo no pueden exigir un mayor nivel de protección nacional de los derechos

²⁷ Libro Verde de la Comisión: *Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea*, COM (2003) 75 final.

²⁸ Vid. G. VERMEULEN, *Flaws and Contradictions in the Mutual Trust and Recognition Discourse: Casting a Shadow on the Legitimacy of EU Criminal Policy Making and Judicial Cooperation in Criminal Matters?* en N. PERSAK (ed.) *Legitimacy and Trust in Criminal Law*, pp. 153 ss.

²⁹ E. HERLIN-KARNELL, *Constitutional Principles in the Area of Freedom, Security and Justice*, en D. ACOSTA ARCARAZO, C. MURPHY (eds), *EU Security and Justice Law After Lisbon and Stockholm*, London, Hart Publishing, 2014, p. 38.

³⁰ Para una visión general de los instrumentos europeos con base en la confianza mutua (o recíproca), vid. H. LABAYLE, *La confiance mutuelle dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, en *Grenzüberschreitendes Recht: Festschrift für Kay Hailbronner*, Heidelberg, 2013, pp. 153 ss.

³¹ Vid. también T. OSTROPOLSKI, *The CJEU as a Defender of Mutual Trust*, en *NJECL*, 2015, pp. 166 ss.

³² Opinión 2/13, pars 191-192.

³³ Entre los muchos autores, vid. V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *CML Rev.*, 2006, pp. 1277 ss.; S. PEERS, *EU justice and Home Affairs*, Oxford, Oxford University Press, 2011, especialmente el capítulo 9.

fundamentales respecto al de otro Estado miembro, sino que tampoco pueden comprobar si ese otro Estado miembro ha observado efectivamente en un caso concreto los derechos fundamentales garantizados por la UE. Así pues, la confianza mutua se convierte en un *petitio principii*³⁴, o en una ficción³⁵. Se trata de un concepto normativo que el TJUE ha ido constitucionalizando gradualmente, con el riesgo de elevar una «confianza ciega» como concepto clave del ELSJ, sin tener en cuenta en absoluto la naturaleza inherentemente subjetiva de la confianza.

La falta de una verdadera confianza puede hacer que los Estados Miembros se adhieran a la lógica de la reciprocidad, en la que el incumplimiento de la confianza por parte de un Estado engendra una actitud similar por parte de otro. De hecho, esa lógica tradicional en las relaciones internacionales ha pasado a ser, en principio, incompatible con la esencia misma de la integración de la UE, ya que fue sustituida por el principio de la cooperación leal que se refiere no sólo a las obligaciones de los Estados Miembros con respecto a la UE, sino también a la actitud recíproca entre los Estados Miembros.

Así pues, la normatividad actual, ampliamente aceptada, del principio de confianza mutua no debe conducir al abandono de los esfuerzos de la UE y de todos los Estados Miembros por fortalecer sus fundamentos. A este respecto, según la posición expresada por algunos abogados generales, la falta de una armonización completa del Derecho penal sustantivo y procesal podría incluso considerarse como un impulso positivo para el fortalecimiento del alcance de la confianza mutua y para la difusión de un terreno común en el que se pueda construir esa confianza³⁶.

De hecho, sobre este punto, también hay que destacar la característica esencial del proceso de integración que se basa en un enfoque de diálogo tanto en las relaciones recíprocas entre los Estados Miembros como en las de éstos con el ordenamiento jurídico de la UE (y viceversa). En efecto, la identidad constitucional de todo Estado miembro, debido a su condición de «miembro» de la UE y, por lo tanto, su participación en el proceso de integración implica una apertura a los ordenamientos jurídicos de la UE y de los demás Estados Miembros. La propia identidad constitucional de cada Estado miembro inclu-

³⁴ Vid. H. LABAYLE, *Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen: lectures convergentes de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel*, en *RFDA [Revue française de droit administratif]*, 2013, p. 691.

³⁵ Vid. L. BACHMEIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: The Grounds for Non-Execution*, en *NJECL*, 2015, p. 505.

³⁶ Vid. Conclusiones del AG Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto *Staatsanwaltschaft Regensburg v. Klaus Boyrquain*, C-297/07, paras 44-45. Vid. también Conclusiones del AG Bot en el asunto *Wolzenburg*.

ye una dimensión europea consistente en esta apertura a los órdenes jurídicos de los demás Estados Miembros. Las denominadas «cláusulas europeas» que pueden encontrarse en muchas de las constituciones de los Estados Miembros (y que pueden considerarse de alguna manera implícitas también en esos ordenamientos jurídicos cuando esa cláusula de identidad no está expresamente consagrada en una constitución escrita) se basan en un «valor constitucional» de apertura a otros Estados Miembros y a la UE³⁷.

Así pues, el reto, a fin de fomentar el desarrollo de una cultura jurídica común básica, consiste en sensibilizar considerablemente a las autoridades de los Estados Miembros y a los profesionales del derecho acerca de los numerosos elementos comunes que pueden detectarse en los sistemas de justicia penal de los Estados Miembros, ya sea como «reminiscencia» de un pasado común, ya sea como resultado de la importante fertilización cruzada derivada del proceso de integración.

4. REPLANTEAMIENTO DE LA EXPERIENCIA DE *IUS COMMUNE* ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA: LA BÚSQUEDA DE LOS FUNDAMENTOS DE UNA CULTURA COMÚN EN MATERIA DE DERECHO PENAL

La codificación progresiva del Derecho penal emprendida por los Estados nacionales desde el siglo XIX, derivó generalmente en un alejamiento definitivo de la unidad del Derecho romano que fue sustituido por la nacionalización progresiva de las normas penales y que se refleja en el establecimiento de tradiciones jurídicas diferentes.

En efecto, el Derecho penal nunca ha alcanzado la dimensión «universal» que se observaba en el Derecho civil antes del siglo XIX, debido esencialmente al vínculo fisiológico del Derecho penal con el poder político y la base territorial de este último –lo que implica que coexistían diferentes ámbitos de normas de Derecho penal, aunque carecían de una organización estructurada y consistían esencialmente en un conjunto de delitos específicos y normas destinadas a tratar problemas concretos de protección. Sin embargo, la experiencia del *ius*

³⁷ Vid. A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, en www.federalismi.it. En relación al ordenamiento europeo, el artículo 4.2 TUE establece la obligación a la UE de respetar las «identidades nacionales» de los Estados miembro. Esta obligación implica el respeto de sus «estructuras fundamentales políticas y constitucionales» y se concibe como un principio «constitucional» fundamental del UE. Por tanto, confirma la apertura estructural del ordenamiento de la UE al de los Estados Miembros.

commune muestra una capacidad generalizada entre los abogados de la época para tratar con diversos conjuntos de normas jurídicas, detectando un terreno común y aplicando normas que regulan la responsabilidad del Derecho penal de acuerdo con principios y normas *iuris communes*. Esto es especialmente cierto en lo que respecta a las construcciones relacionadas con lo que llamamos la «parte general» del Derecho penal, que siempre ha sido el producto «cultural» de los estudiosos e intelectuales. De hecho, la existencia de una erudición común que emplea el mismo idioma (latín) y se dirige a todos los abogados, fue de suma importancia en el desarrollo de una teoría jurídica de Derecho penal destinada a superar los límites territoriales y los límites locales de las normas específicas de Derecho penal (como en el caso de muchos delitos aislados)³⁸.

Si bien la Ilustración pareció ofrecer un nuevo enfoque universal centrado en la protección de los derechos humanos –que también abarca los derechos de los ciudadanos contra los abusos del poder político, como lo atestigua la *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* adoptada en 1789–, se puede detectar una especie de contradicción inherente al considerar que la garantía primaria contra los abusos del poder público en el Derecho penal se basaba en el establecimiento del principio según el cual todo poder público está vinculado por la ley, entendida en el sentido estricto de una disposición establecida por el legislador como representante del pueblo (*réserva de loi*). Esto implica que el vínculo con un territorio (y un Estado) es inherente a las normas de Derecho penal; algo que también explica el carácter ampliamente reconocido de autorreferencial del Derecho penal (nacional), y el hecho de que las codificaciones adoptadas en este período pronto fueran consideradas (y lo seguirán siendo) la expresión más evidente de un Estado nacional, y el Derecho penal nacional –con el inherente poder de castigar– la encarnación de la soberanía del Estado. A esto le sigue lógicamente una refutación de la idea de las diversas fuentes posibles de Derecho penal, y sobre todo la idea de un Derecho penal que no tiene en cuenta las fronteras nacionales. Esto explica el limitado interés de los penalistas por el sistema de justicia penal de otros Estados nacionales y, en los últimos años, la resistencia constante a los efectos de la integración europea en los sistemas penales nacionales.

Los Estados Miembros de la Unión Europea han consentido gradualmente abandonar esa obstinación –o al menos suavizarla– ya que, debido al desarrollo del proceso de integración y a la libre circulación de personas, las fronteras de los Estados nacionales se han convertido en un límite al poder punitivo de las propias autoridades nacionales contra las formas cada vez más frecuen-

³⁸ Vid. F. PALAZZO y M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Turín, Giappichelli, 2013, pp. 7 ss

tes de conductas delictivas transnacionales, lo que exige que las autoridades nacionales cooperen más estrechamente.

Sin embargo, el buen funcionamiento de la cooperación judicial en la que se basa la eficacia de las actividades de las autoridades estatales en materia de Derecho penal no depende únicamente de la adopción de instrumentos que regulen esa cooperación a nivel estrictamente operativo, ni siquiera del establecimiento de normas mínimas comunes destinadas a armonizar diversos aspectos de las legislaciones nacionales. La participación en la Unión como espacio de Libertad, Seguridad y Justicia requiere, especialmente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que las autoridades nacionales se convenzan de que las diferentes soluciones jurídicas en los ordenamientos de los Estados Miembros son respuestas (principalmente) «locales» a cuestiones «universales» que actúan de fundamento al Derecho penal³⁹, que deben abordarse teniendo en cuenta (y, de hecho, basándose en) el consolidado marco común constituido por los principios fundamentales del Derecho penal, cuyo contenido actual es el resultado de diversas dinámicas de fertilización cruzada. Este marco común ofrece, en definitiva, un sólido trasfondo cultural común para todos los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, si bien las normas individuales específicas pueden seguir variando, siempre que su contenido y sus efectos se concilien con el ordenamiento jurídico de la UE. El cumplimiento de este último debe garantizarse no de manera restrictiva sino con una clara consideración del objetivo y el «espíritu» del mismo.

Por tanto, el aumento de la confianza mutua con respecto a estos principios requeriría que, en lugar de subrayar la diferencia entre los diversos Estados Miembros, especialmente en el nivel de teorización de su contenido y las garantías que abarcan (que a menudo han hecho problemática su aplicación ante el juez), se destaquen los puntos comunes. Estos últimos fueron desarrollados en gran medida por los tribunales europeos y, en última instancia, aplicados con bastante rigor también por ellos.

La situación experimentada con respecto al principio de legalidad es un ejemplo bastante llamativo del razonamiento anterior, al mismo tiempo que nos ofrece una idea de la forma en que un paradigma alternativo de este principio puede ser más adecuado que la versión tradicional, como consecuencia de la creciente erosión de la discreción del legislador nacional. Muchos estudiosos siguen considerando los recientes acontecimientos relativos a la legali-

³⁹ Sobre la existencia de una unidad subyacente entre los diversos sistemas de derecho penal nacional, vid. el trabajo crucial de G. P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1998.

dad como un signo de crisis o de debilitamiento de las garantías consagradas en este principio. De hecho, la consecuencia de la integración europea, y especialmente de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos, es la aparición de un nuevo paradigma jurídico de la legalidad, que expresa una actitud diferente, en la que las garantías subyacentes abarcan no sólo el acto del legislador sino también las muchas otras «contribuciones» a la norma concreta que se aplicará al individuo. Entre estos factores no es menos importante el impacto de la propia interpretación del juez. Este enfoque expresa la esencia misma de las garantías consagradas en el principio de legalidad –más conocido como principio de *nullum crimen*– como la protección contra los abusos del poder público, incluso en los sistemas jurídicos directamente influidos por la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* y basados en el principio de la «*réserve de loi*», cuando se consideran desde el punto de vista del individuo confrontado a los límites o deficiencias del legislador.

Debido a la fertilización cruzada bajo el paraguas de los tribunales europeos, el principio del *nullum crimen* ha ido perdiendo progresivamente, incluso en los países del *civil law*, su constitución original, tal como se configuró por la doctrina jurídica de la Ilustración, que reflejaba un modelo centrado en el Estado, en favor de un modelo basado en los derechos que muestra una evidente anglosajonización de sus contenidos y características⁴⁰. Más concretamente, el paradigma del *nullum crimen* resultante de la jurisprudencia europea refleja el enfoque de este principio como derecho fundamental (en lugar de la expresión del principio político que descansa en el monopolio del legislador)⁴¹, centrándose en el lado subjetivo de la seguridad jurídica y luego en la previsibilidad del castigo en lugar de los requisitos objetivos del acto jurídico que establece las disposiciones penales⁴².

Hay que reconocer que ese enfoque ha provocado un debilitamiento del lado objetivo de la seguridad jurídica, que implica el cumplimiento de los requisitos del acto jurídico específico que establece la disposición penal. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que los cambios inherentes al prin-

⁴⁰ La expresión «*common law-isation*» es empleada por A. CADOPPI, voz «Giurisprudenza e diritto penale», en *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, 2016, pp. 407 ss. Según algunos estudiosos, estas influencias cruzadas han dado lugar a la definición de un *tertium genus* entre el Derecho civil y el Derecho común. M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giurisdica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, en *CP*, 2016, pp. 1853 ss. Nota del traductor: «*Common law-isation*» es el término empleado en la versión original de este texto y ha sido traducida como «anglosajonización».

⁴¹ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni soprannazionali*, en G. DE FRANCESCO-A. GARGANI (eds.), *Evoluzioni e involuzioni penalistiche*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 13 ss.

⁴² Vid. F. PALAZZO, *Précision de la loi pénale et certitude de la peine: principes et expériences*, en *Humanisme et Justice, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Paris, Dalloz, 2016, p. 635.

cipio de legalidad no tienen su origen en el propio derecho de la Unión Europea ni, en general, en el proceso de integración europea, sino predominantemente en el hecho de que se ha debilitado considerablemente la capacidad de representación del Parlamento.

Por último, el enfoque del *nullum crimen* adoptado a nivel europeo no debe entenderse como un debilitamiento de las garantías vinculadas a este principio por la tradición jurídica del derecho continental, sino como reflejo de una perspectiva diferente, aunque todavía centrada en las garantías individuales.

Sin embargo, tiene una repercusión muy significativa en aspectos cruciales de algunos de los sistemas jurídicos involucrados, lo que plantea cuestiones delicadas que es necesario abordar. Entre ellas se encuentra la cuestión fundamental de la separación de poderes, que está en la base misma de la doctrina jurídica enraizada en la filosofía de la Ilustración, y la función primordial del Parlamento como único órgano elegido democráticamente y competente para determinar el contenido de los delitos debido a que garantiza el control del pueblo (al menos como principio), y esto es particularmente pertinente cuando se trata de Derecho penal, en el que está en juego la cuestión de la preservación de la libertad de las personas. La separación de poderes se ve evidentemente afectada cuando se atiende a la amplia discreción conferida al juez, que, según la filosofía de la Ilustración, se concibe como el mero ejecutor de la voluntad del legislador. Además, cada vez es más importante que se cumplan las garantías vinculadas al principio de la *lex certa*, también cuando se atiende a la contribución de la jurisprudencia, ya que el objetivo de garantizar la previsibilidad de las consecuencias penales de los actos ilícitos depende también de la interpretación judicial. Esto implica lógicamente el establecimiento de algunos criterios para alcanzar el objetivo de la previsibilidad de la interpretación de la ley (como componente del principio de legalidad), incluso en aquellos sistemas en los que la jurisprudencia nunca ha sido reconocida como fuente de Derecho penal y, de hecho, se considera que la interpretación de las disposiciones penales sólo tiene un efecto declaratorio⁴³. En estos sistemas, probablemente será necesaria la intervención del legislador para establecer los criterios que deben cumplirse para reconocer a una decisión judicial el carácter de precedente vinculante (especialmente con respecto a la decisión del Tribunal Supremo)⁴⁴, mientras que el poder judicial debe prestar la debida atención a

⁴³ Vid. M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, en Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 63 ss.; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, en *RIDPP*, 2015, pp. 29 ss.

⁴⁴ Esta solución es propuesta por algunos estudiosos italianos con respecto a las decisiones Tribunal Supremo (Corte di Cassazione), especialmente cuando ésta se reúne como «Sezioni Unite» (Gran Cámara)

determinados criterios que deben acordarse internamente como directrices para la interpretación de las disposiciones de Derecho penal, con miras a equilibrar la flexibilidad y la previsibilidad; lo que, de hecho, es relativamente difícil de desarrollar y poner en práctica⁴⁵.

A pesar de todo, se puede concluir que al *nullum crimen* se le atribuye un peso significativo en todos los sistemas jurídicos de los Estados Miembros y también en el de la UE, y que siempre se respetan debidamente tanto las garantías que consagra como su propia substancia⁴⁶. Centrándonos en la UE, este principio está sin duda en el centro de cualquier debate sobre el desarrollo del Derecho Penal Europeo. Por lo tanto, es posible afirmar que el principio de legalidad es la piedra angular del Derecho penal moderno, tanto a nivel nacional como de la UE.

Se pueden sacar conclusiones similares con respecto a otros principios clave, aunque no todos ellos demuestran el mismo nivel de «europeización». Por ejemplo, pueden detectarse importantes convergencias también en lo que respecta al principio de culpabilidad. En efecto, la legislación, la doctrina y la práctica jurídica de los Estados Miembros siguen mostrando variaciones significativas en lo que respecta a la gama de cuestiones vinculadas a este principio. Sin embargo, se puede observar una comprensión común consolidada de la necesidad incuestionable de reconocer la «culpa» de la conducta de un individuo como el núcleo de su responsabilidad penal y, por consiguiente, también como uno de los criterios para determinar la pena que se aplicará en el caso concreto. Incluso en aquellos países, como el Reino Unido, en los que no se le reconoce un estatuto constitucional, este principio es considerado como un principio fundamental debido a su vínculo con el valor esencial de la dignidad humana y también con los fundamentos de cualquier sistema jurídico basado en el Estado de Derecho. Así pues, se puede concluir que el principio de cul-

(Grand Chamber); vid. A. CADOPPI, *Il valore del precedente in diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 330 ss.; Id., voz “*Giurisprudenza e diritto penale*” cit., p. 422; M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, en CP 2002, pp. 1165 ss.; Id., *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, en Id., *Europeismo giudiziario*, Milano, Giuffrè, pp. 92 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, en CP, 2005, pp. 1722 ss., y 1736 ss.; M. VOGLIOTTI, *Penser l’impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, en *Revue de la Faculté de droit de l’Université Libre de Bruxelles*, 2002, pp. 59 ss.

⁴⁵ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, en R. KOSTORIS (ed.), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 229 ss, especialmente p. 239

⁴⁶ En cuanto al ordenamiento jurídico de la UE, la legalidad puede incluirse entre los principios constitucionales de la UE (como parte del principio más amplio del Estado de Derecho), de acuerdo con A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, en A. VON BOGDANDY Y J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, especially p. 33.

pabilidad es fundamental para el Derecho penal de cualquier democracia moderna⁴⁷.

Con respecto a otras esferas vitales en las que los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea siempre han mostrado importantes discrepancias, como el respeto de los derechos de defensa o la obtención y práctica de la prueba, un importante efecto de aproximación ha resultado de las iniciativas de armonización del legislador de la Unión Europea —especialmente mediante la adopción de las directivas de aplicación de la «Hoja de ruta para el fortalecimiento de los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas en los procedimientos penales»— y la jurisprudencia de los dos tribunales europeos. En particular, en lo que respecta a la cuestión de la prueba en los procedimientos penales, pueden detectarse muchas convergencias interesantes, principalmente como consecuencia de la obligación de los Estados Miembros de cumplir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de la UE con respecto al principio de presunción de inocencia al que las normas sobre pruebas están inextricablemente vinculadas. De hecho, ni el CEDH ni la Carta de la UE tienen una disposición específica relativa a la cuestión de la prueba. Parece evidente que existe una estándar compartido, por ejemplo, respecto a atribuir la carga de la prueba a la acusación; aunque hay que tener en cuenta la división existente entre los sistemas de justicia de Derecho penal que siguen más comúnmente las tradiciones inquisitoriales y los que, por el contrario, tienden a la tradición acusatoria. Esta distinción puede, en efecto, repercutir en el deber del fiscal de buscar no sólo pruebas de cargo sino también exculpatorias. También es común la exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura⁴⁸.

Estos logros no deben ser ignorados ni subestimados. De hecho, el fomento de ese enfoque podría dar lugar al establecimiento de conceptos y construcciones jurídicas comunes (que se perciben en general como un resultado deseable). Sin embargo, este nuevo paso requeriría necesariamente la valiosa contribución de la doctrina, profundamente arraigada en el derecho comparado, como principal método para crear normas comunes basadas en un enfoque pluralista⁴⁹. Esto vuelve a plantear la idea de crear una «gramática común»

⁴⁷ Vid. T. ELHOLM, *Culpabilidad*, en esta obra.

⁴⁸ Vid. R. PARIZOT, *Presunción de Inocencia*, en esta obra.

⁴⁹ Esto en la base misma de la idea de un «*pluralisme ordonné*» como lo defiende M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (II), Paris, Seuil, 2006, especialmente pp. 7 ss, 122 ss. De la misma autora, vid. también *Comparative law and the internationalisation of law in Europe*, en M. VAN HOEKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 247 ss; y *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, especialmente pp. 240 ss. *Verso un diritto penale comune*

entre los sistemas de Derecho penal de los Estados Miembros –una teoría general básica del Derecho penal–, lo que, sin embargo, exigiría que se desarrollara primero un lenguaje jurídico común⁵⁰. En resumen, la integración europea pone en tela de juicio no sólo el paradigma de la territorialidad, sino también los contenidos y modelos de la teoría general del Derecho penal.

5. NUEVOS CONCEPTOS JURÍDICOS PARA UN ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA SIN FRONTERAS: HACIA UNA TEORÍA GENERAL BÁSICA COMÚN DEL DERECHO PENAL

El desarrollo de una verdadera cultura jurídica común va lógicamente de la mano de la definición de conceptos jurídicos comunes, ya que proporcionan los medios necesarios para un debate más productivo entre los académicos y los profesionales del derecho, que reciben una enseñanza y formación de acuerdo a diferentes tradiciones jurídicas, lo que refleja modelos culturales opuestos y da lugar a diversas interpretaciones de los mismos conceptos jurídicos (o, mejor dicho, de la misma redacción de los conceptos jurídicos).

El diálogo genuino sobre estas cuestiones exige el establecimiento de un lenguaje compartido en el sentido de conceptos comunes, cuyo contenido haya sido de alguna manera acordado y que, por lo tanto, puedan ser comprendidos de manera similar por diferentes partes.

La cuestión de establecer un lenguaje jurídico a medida se plantea debido al hecho de que la terminología jurídica nunca es neutra, sino que refleja los supuestos teóricos básicos y las construcciones de los sistemas que emplean un lenguaje específico. De hecho, la adopción de un número cada vez mayor de textos jurídicos en materia penal por el legislador de la Unión Europea –especialmente después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa– no ha resuelto esta cuestión. La traducción proporcionada en todos los idiomas oficiales de la UE bien puede haber creado más ambigüedad, ya que los términos

européo?, en *RIDPP*, 1007, pp. 543 ss. Sobre la delicada cuestión de cómo concebir el derecho comparado como un «método», vid. también F. PALAZZO y M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, pp. 27 ss.

⁵⁰ Vid. P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international*, vol. I, *Foundations*, Oxford Univ. Press, New York, 2007, VIII ss., 79 ss., 221 ss. En la doctrina italiana, vid. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 141 ss., 150 ss., 188 ss.; del mismo autor *A new legality? Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e le sanzioni dell'illecito interpretativo*, en *DPC*, 2016, 3, pp. 13 ss.; *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo la prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, en *Criminalia*, 2010, pp. 176 ss. Más reciente, «An impossible exchange?» *Prove di dialogo tra 'civil' e 'common lawyers' su legalità, morale e teorie del reato*, en *RIDPP*, 2017, pp. 14 ss.

jurídicos de cada idioma se emplean normalmente sin tener del todo en cuenta las construcciones originales que están detrás de esos términos en los sistemas jurídicos en los que se crearon (y donde se espera que se apliquen).

Por lo tanto, un enfoque de gran alcance, orientado a desarrollar una cultura jurídica compartida, requiere que se llegue a un acuerdo sobre el significado y ámbito exacto de algunos conceptos básicos del Derecho penal⁵¹.

La naturaleza «convencional» de este lenguaje común sugiere que se necesita un enfoque verdaderamente comparativo para desarrollarlo. Sin embargo, la naturaleza de este enfoque implica que se abandonen las teorizaciones y tecnicismos más complejos.

La situación que estamos viviendo en el debate de la UE sobre cuestiones jurídicas muestra cómo el papel de la cultura jurídica anglosajona ha ido aumentando⁵², en comparación con la germano-mediterránea, que durante mucho tiempo se había considerado la doctrina jurídica por excelencia y que luego se exportó a muchos ámbitos jurídicos de todo el mundo. Esto se debe esencialmente al enfoque orientado a la práctica de la mayoría de las construcciones jurídicas de los sistemas del *common law* que realmente, facilitan la adaptación a los distintos sistemas jurídicos, a diferencia de los originarios de la zona germano-mediterránea, que presentan un alto grado de abstracción.

Sin embargo, este paso hacia construcciones más «básicas» no debe percibirse como un paso atrás como consecuencia de la aproximación de los sistemas jurídicos. Por el contrario, debería considerarse como un medio necesario para establecer conexiones estructurales y duraderas entre los sistemas jurídicos de los Estados Miembros, y desarrollar un diálogo, que debería permitir también el mantenimiento de doctrinas jurídicas más amplias y elaboradas en asuntos exclusivamente internos (siempre que sea posible).

Además, el objetivo de desarrollar progresivamente una teoría jurídica común pluralista entre los Estados Miembros de la Unión Europea se uniría al rechazo de un mero trasplante de construcciones y conceptos ya establecidos en cualquiera de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. Por el contrario, como ya se ha experimentado en otros ámbitos de los sistemas de Derecho penal supranacional –como es el caso de la Corte Penal Internacional–, los conceptos autónomos deben establecerse como resultado de una «hi-

⁵¹ Queda por decidir si el idioma que se empleará para establecer ese vocabulario jurídico será el inglés, que es actualmente el idioma más difundido entre los Estados Miembros de la Unión Europea, o el latín, que tendría la ventaja de no estar ya empleado en ninguno de los actuales sistemas nacionales de Derecho penal, mientras que algunas nociones básicas –*actus reus*, *mens rea*– son muy conocidas y, de hecho, se emplean con frecuencia al comparar los diferentes sistemas jurídicos, *civil law* y *common law*.

⁵² L. ARROYO ZAPATERO, *Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee*, en C. E. PALIERO – F. VIGANÒ (eds.) *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 29 ss

bridación» de conceptos jurídicos preexistentes⁵³. A este respecto, hay que tener en cuenta también el hecho de que, al considerar los sistemas de Derecho penal de los Estados Miembros de la UE, y especialmente la teoría general del Derecho penal, se puede apreciar una división bastante articulada, según la cual se pueden detectar al menos tres tradiciones jurídicas principales: una correspondiente al ámbito de influencia de la doctrina jurídica alemana (en particular Alemania, Austria, Italia, España, Portugal, pero también, de manera más suave, algunos países escandinavos como Finlandia), una segunda que abarca los países del *common law*, y una tercera que comprende el área de Francia y Bélgica. De hecho, aunque estas dos últimas naciones comparten el enfoque más pragmático del *common law* –en contraste con el enfoque más teórico de la doctrina jurídica alemana– la mayoría de las construcciones de la teoría jurídica francesa están lejos de ser una mera reformulación de las tradiciones del *common law*, que conservan un carácter especial propio.

Sin embargo, desarrollar una teoría básica común del Derecho penal no es sólo una cuestión de diálogo entre los académicos. Es también una cuestión fundamental con consecuencias prácticas desde la perspectiva de la política penal, ya que el legislador nacional tiene la obligación de aplicar y cumplir plenamente el derecho de la Unión Europea. Lo que conlleva a su vez una comprensión exacta de los conceptos jurídicos empleados a nivel de la UE, algo que se beneficiaría de la adopción de conceptos autónomos comunes. Además, esto también limitaría el amplio margen de apreciación de los jueces nacionales y, en particular, su interpretación creativa del derecho interno con miras a cumplir la obligación de garantizar una interpretación coherente de este último con el derecho de la UE⁵⁴.

6. OBSERVACIONES FINALES

Ninguno de los objetivos anteriores puede alcanzarse si falta un solo elemento: la voluntad de conocerse y comprenderse mutuamente. Sin embargo, deben ponerse todos los medios posibles para facilitar el logro de tal objetivo. Ante todo, el buen funcionamiento de un espacio único de libertad, seguridad y justicia se basa en la comprensión mutua y en el conocimiento de los puntos

⁵³ Vid. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, pp. 101 ss. Vid. también A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France, 1991, especialmente p. 300.

⁵⁴ Este punto fue subrayado por M. DONINI, *Dogmatica e diritto penale europeo*, en su intervención en la Conferencia *La dommatica penale oggi*, 25-10-2013

en común y de los numerosos logros que se han alcanzado gracias a la integración europea.

No se trata simplemente de que los Estados Miembros dejen de concebirse a sí mismos como entidades totalmente separadas, sino más bien de que formen parte de un sistema jurídico integrado. Esto es de gran importancia para cualquier ciudadano europeo, cuya vida y comportamiento no están regulados exclusivamente por el derecho interno, ya que el sistema integrado también se refiere a las normas sobre responsabilidad penal de los individuos.

De hecho, es evidente que debido a la naturaleza enormemente delicada del derecho penal, que esta fuera de toda duda, algunos tribunales constitucionales se resisten a que el derecho a sancionar se considere susceptible de integración en la UE. Sin embargo, las recientes evoluciones del derecho europeo, especialmente después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, donde se establece una competencia en materia de Derecho penal de la UE y también se fomenta en general la integración de la UE en asuntos penales que van mucho más allá del paradigma tradicional de la cooperación interestatal, han tenido un impacto significativo en la comprensión tradicional de los principios generales del Derecho penal y lógicamente requieren que se desarrolle una comprensión común de estos principios.

Es de esperar que el TJUE, que ahora tiene jurisdicción para examinar la zona del ELSJ, haga una contribución significativa. Sin embargo, los juristas y los profesionales del derecho no deben rehuir del nuevo desafío de revisar los conceptos y construcciones tradicionales, con miras a construir, con el tiempo, una cultura compartida de Derecho penal europeo.

CAPÍTULO 1

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ROSARIA SICURELLA y MARTINA COSTA

SUMARIO: Aspectos generales.–Sección I. El principio en la UE.–1. Introducción.–2. Ámbito de aplicación y contenidos.–2.1 Alcance.–2.1.1 *Ratione personae*: Estados Miembros y autoridades de la UE.–2.1.2 *Ratione materiae*: «delito» y «sanción» en el CEDH y en la CDFUE.–2.2 Contenido.–2.2.1 La calidad de la ley: accesibilidad y previsibilidad del delito y la pena.–2.2.2 Subprincipios consagrados por el principio de legalidad.–2.2.2.1 Prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal.–2.2.2.2 Prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía o interpretación extensiva.–2.2.2.3 Aplicación retroactiva de la ley más favorable (*lex mitior*).–3. Cuestiones particulares.–3.1 Delitos «según los principios generales reconocidos por la comunidad de naciones».–3.2 *Nullum crimen* y error de prohibición.–3.3 *Nullum crimen* y exigencia de una *lex parlamentaria*.–3.4 *Nullum crimen* como derecho fundamental y como principio.–Sección II. Aproximación comparativa.–1. Introducción.–2. *Ius commune* por defecto.–2.1 La prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal. –2.2. Claridad y precisión de la ley.–2.3 La prohibición de aplicación analógica del Derecho penal o de interpretación extensiva.–2.4 La aplicación retroactiva de la ley más favorable (*lex mitior*).–3. Tendencias comunes existentes y tendencias emergentes.–3.1 La exigencia de *lex parlamentaria*.–3.2 Aplicación analógica favorable al acusado.–Sección III. Cuestiones abiertas.–1. Introducción.–2. Críticas.–2.1 El diferente alcance del principio de legalidad en la Unión Europea y a nivel nacional.–2.1.1 Los plazos de prescripción.–2.1.2 El concepto de «pena» (*Penalty*).–2.2 Prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho penal e interpretación judicial.–2.3 Claridad y precisión del Derecho penal.–2.4 Prohibición de analogía.–2.5 Aplicación retroactiva de una ley más favorable (*lex mitior*).–3. Conclusiones.

ASPECTOS GENERALES

Al establecer que no puede existir delito o pena sin una base legal previa, el principio de legalidad no hace sino apelar al núcleo de valores reconocidos en la Revolución francesa desarrollados por los aportes de los grandes filósofos de la Era de la razón. El principio de legalidad es de hecho una de las máximas que mejor expresan la cultura jurídica europea, cuyo legado se extiende más allá de la cultura del *Civil Law*. Incluso en el Reino Unido, donde no existe como tal un principio de legalidad en el sentido de los Estados con cultura jurídica continental, la legalidad se reconoce como principio de derecho interno.

De acuerdo con la sólida y aceptada doctrina en Derecho penal, los delitos y las penas tienen por objeto proteger a las personas mediante la criminalización de determinados comportamientos que pueden resultar peligrosos para sus bienes jurídicos. Sin embargo, el recurso a la sanción penal (así como la adopción de medidas de investigación) puede llevar a restringir intensamente la libertad personal (u otros derechos individuales, como el derecho de propiedad). El principio de legalidad se dirige a proteger al individuo de interferencias arbitrarias procedentes del derecho estatal de castigar, al exigir a los poderes públicos actuar de forma legal poniendo en conocimiento del destinatario de la norma penal su contenido con anterioridad a su imposición, a fin de poder orientar su comportamiento y en su caso, poder hacerle plenamente responsable por sus comportamientos con relevancia penal.

La transcendencia del mandato de legalidad como principio político para cualquier sistema de responsabilidad penal se refleja claramente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), textos que por primera vez reconocieron el principio de legalidad como un auténtico derecho fundamental y, en particular, como un derecho y más precisamente como un derecho inderogable (art. 15.2 CEDH).

El principio de legalidad ocupa por ello un lugar destacado en la definición de un marco común de principios generales de Derecho penal en la UE.

Ahora bien, el carácter universal del principio se ha visto en ocasiones oscurecido o incluso frustrado por un entendimiento muy dispar del mismo en las diversas culturas jurídicas existente en Europa. En efecto, el principio de legalidad tiene distinto alcance y comprensión según se trate de países del *Civil law* (cultura jurídica continental) o de *Common law* (cultura jurídica anglosajona). Las diferencias también son palpables incluso en el caso de países de *Civil law*.

La jurisprudencia del TEDH ha contribuido a una profunda armonización del principio de legalidad. Esta armonización se debe no tanto al propio contenido del artículo 7 CEDH, que no hace sino instaurar el mínimo común denominador de los sistemas jurídicos de los Estados parte¹, sino más bien a la definición autónoma que el TEDH ha proporcionado acerca de lo que ha de entenderse como «delito» y «sanción penal» en virtud del artículo 7. Esta definición autónoma ha llevado, por un lado, a ampliar el tipo de sanciones cubiertas por las garantías del Convenio con independencia de su calificación jurídica como sanciones penales o no por parte de los Estados parte. Por otro lado, se ha dotado de significado a la expresión del artículo 7 cuando se refiere a que toda forma de responsabilidad penal debe estar establecida «por la ley».

Estos dos aspectos reflejan la naturaleza del CEDH como un sistema de garantías destinado a la protección del individuo frente a potenciales abusos por parte de los poderes punitivos de las autoridades estatales. Desde la perspectiva de la protección de las libertades frente a abusos del poder, sería disfuncional que la aplicación de las garantías previstas en el artículo 7 CEDH se hiciese depender de la calificación jurídica de la medida como «penal». Por el contrario, la aplicación de dichas garantías exige recurrir a criterios que frenen decisiones arbitrarias por parte del Estado. Respecto al concepto de «ley», el TEDH lo ha interpretado abarcando no sólo la ley escrita sino también las resoluciones judiciales. Por ello lo que se ha de evaluar para determinar si una norma cumple los requisitos del principio de legalidad no es la norma escrita, sino la *regula iuris* aplicada concretamente al acusado. Este enfoque fue un paso necesario para que el TEDH pudiera elaborar soluciones adecuadas en el caso de los sistemas del *Common law*. Asimismo, llevó a una protección más efectiva de los ciudadanos, ya que en puridad esta garantía se basa (o debería basarse) en la posibilidad concreta o efectiva de que la persona sujeta a un proceso penal prevea las consecuencias de sus actos, no reduciendo dicho conocimiento en exclusiva a lo establecido por el texto legal que describe la figura delictiva².

¹ «Artículo 7. No hay pena sin ley. 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».

² En efecto, como ha reconocido el CEDH, «El Tribunal reconoce en su jurisprudencia que, aunque la redacción del texto legal sea muy clara, en cualquier sistema jurídico, incluido el derecho penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial (...) El artículo 7 del Convenio no puede interpretarse como una prohibición a la aclaración gradual de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación judicial de uno y otro caso, siempre que el desarrollo resultante sea coherente con la esencia

Además de aproximar las distintas culturas jurídicas europeas, la jurisprudencia del TEDH también ha contribuido a establecer tendencias comunes respecto a algunas características no cubiertas por el núcleo del principio establecido a nivel supranacional. Es el caso, por ejemplo, de la exigencia de que los elementos básicos que dan lugar a la responsabilidad penal se establezcan mediante actos adoptados a través de procedimientos que garantizan la participación/control del Parlamento (incluso en los países de *Common law* la ley suele prevalecer respecto a los delitos de derecho común. Asimismo, este cuerpo jurisprudencial ha servido para detectar tendencias respecto al uso de la analogía y el derecho consuetudinario a favor del reo.

Sección I. El principio de legalidad en la Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Con anterioridad a la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), cuyo artículo 49.1 reconoce el principio de legalidad de los delitos y de las penas³, la jurisprudencia consolidada del TJUE ya lo había reconocido como principio general del ordenamiento jurídico europeo el principio de legalidad. Para ello argumentó que los contenidos del principio de legalidad formaban parte del CEDH y que se trataba de un principio reconocido por las tradiciones comunes constitucionales de los Estados Miembros.

Sin embargo, la falta de competencias en materia penal por parte del legislador europeo hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, llevó a que las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE se centrasen en analizar la conformidad con el principio de legalidad de las disposiciones penales de los Estados Miembros, que implementaban la legislación europea, en los tradicio-

del delito y pueda perverse razonablemente», Vid. *ex multis* STEDH de 12 de febrero de 2008, *Kafkaris*, 21906/04, párrafo 141. (Texto traducido del original en francés).

³ Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas. «I. 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 el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta 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 ser aplicada ésta.

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

III. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

nales ámbitos de competencia de la Comunidad Europea⁴, tales como la política pesquera, agricultura, salud y seguridad en el trabajo, medio ambiente o diversos aspectos del mercado interior⁵. El principio de legalidad fue considerado por el Tribunal de Justicia como un límite a la hora de transponer la normativa europea por parte de los Estados Miembros, en casos en los que el legislador nacional pretendiera aplicar una norma penal retroactiva o analógicamente. Este es también el fundamento de la conexión realizada por el TJUE entre los límites que se derivan del principio de legalidad y la exclusión de efecto directo de las disposiciones europeas –y, en consecuencia, de la exclusión de obligaciones individuales– en ausencia de transposición. El TJUE negó la existencia de efecto directo no sólo en los casos en los que la aplicación directa de las disposiciones de una directiva ocasionaba una interpretación extensiva de las normas penales nacionales⁶, sino también cuando se trataba de reglamentos con igual repercusión⁷. Esta doctrina se derivaba también de la falta de competencias de la entonces Comunidad Europea para adoptar disposiciones para fundamentar la responsabilidad penal de los particulares⁸. El Tribunal de Justicia adoptó la misma posición también en relación con la obligación de interpretación conforme del derecho nacional conforme al derecho de la UE, en aquellos casos en los que dicha interpretación tenía como efecto fundamentar o agravar la responsabilidad penal del sujeto⁹. Esta doctrina se confirmó también en relación con las decisiones marco¹⁰.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el establecimiento de competencias en materia penal, incluso cuando estas no resultan directamente

⁴ Vid. V. Mistilegas: «Article 49», en S. Peers & T. Hervey & J. Kenner & A. Ward (eds.) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing: Oxford/Portland, 2014, p. 1359.

⁵ STJUE de 10 de julio de 1984, C-63/83, Kirk, EU: C:1984:255; STJUE de 13 de noviembre de 1990, C 331/88 *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA et al.*, EU: C:1190:193; STJUE de 11 de junio de 1987, C-14/86, *Pretore di Salò/X*, EU: C:1987:275; STJUE de 26 de septiembre de 1996, C-185/95, *Arco*, EU: C:1996:363; STJUE de 12 de diciembre de 1996, C-74/95, *X*, EU: C:1996:491; STJUE de 5 de octubre de 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, EU: C:1987:431; STJUE de 3 de mayo de 2005, C-387/02 *Burlusconi et al.*, EU: C:2005:270; STJUE de 23 de diciembre de 2009, C-45/08, *Spector Photo Group e Van Raemdonk*, EU: C229:806.

⁶ STJUE, *Kolpinghuis Nijmegen*.

⁷ STJUE de 7 de enero de 2004, C-60/02, *X*, EU: C:2004:10, párrafos 62-63.

⁸ El TJUE tuvo la oportunidad de evaluar la conformidad con el principio de legalidad de un instrumento del tercer pilar, decisión marco 2002/584 / JAI sobre la ODE, en la que se sospechaba de infringir el principio de legalidad debido a su disposición en el artículo 2.2 superando la doble incriminación por fenómenos penales que menciona. El TJUE concluyó excluyendo una violación del principio de legalidad, argumentando que las disposiciones de este texto no establecen delitos directamente aplicables a las personas, ni tienen el objetivo de armonizar el Derecho penal nacional; STJUE de 3 de mayo de 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, EU: C:2007:261, párrafos 52-53.

⁹ STJUE, *Kolpinghuis Nijmegen*, §15. Vid. la contribución de A. Lucifora en este volumen.

¹⁰ STJUE de 16 de junio de 2005, C-105/03, *Pupino*, EU: C:2005:368, párrafos 44-45.

aplicables a los particulares por establecerse a través de directivas,¹¹ resulta necesario desarrollar una nueva dimensión del principio de legalidad. Las disposiciones de la UE también tendrán que respetar sus contenidos, teniendo eso sí en cuenta la naturaleza y las especiales características de las directivas como instrumento para establecer disposiciones penales en conformidad con el artículo 83 del TFUE¹². En general, la pregunta que debemos hacernos es cómo el principio de legalidad puede cumplir mejor sus objetivos en un ámbito tan peculiar como es el Área de Libertad, Seguridad y Justicia¹³.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONTENIDOS

El artículo 49.1 de la CDFUE es la principal referencia del principio de legalidad en la UE. Este precepto, aunque sigue muy de cerca la redacción del artículo 7.1 de la CEDH, recoge expresamente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, de forma similar al artículo 15 del Pacto de la ONU sobre derechos civiles y políticos¹⁴.

A pesar de su relevancia crucial, el artículo 49 de la Carta no puede considerarse como una referencia exclusiva, pues de acuerdo con el artículo 6.3 TUE «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». De este modo, el CEDH (según la interpretación del TEDH) y las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros siguen siendo fuentes de Derechos

¹¹ Vid. la contribución de V. SCALIA en este volumen.

¹² En la opinión de algunos autores, el artículo 86 y el 325 TFUE proporcionan la base jurídica para adoptar también reglamentos de naturaleza penal. Vid. L. PICOTTI: «Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona», en G. Grasso & L. Picotti & R. Sicurella (eds.) *L'evoluzione del diritto penale nei settore d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milan, 2011, pp. 223 ss. Lecturas similares habían sido propuestas con respecto al artículo 280 TEC del Tratado de Amsterdam por BACIGALUPO: «Legal basis for the implementation», en M. Delmas-Marty & J. A. E. Vervaele (eds.) *The implementation of the Corpus juris in the Member States I*, Intersentia: Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000, pp. 369 ss.; K. TIEDEMANN: «Pour un espace juridique commun après Amsterdam», en *Agón* n.º 17, 1998, pp. 12, 13.

¹³ Sobre ese punto, y especialmente sobre el hecho de que en el AFSJ, debido al derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, el principio de legalidad también debe abarcar las reglas sobre la jurisdicción estatal y la elección del foro vid. M. Luchtman: «Principles of European Criminal Law: Jurisdiction, Choice of Forum and the Legality Principle in the Area of Freedom, Security and Justice», en *European Review of Private Law*, 2012, pp. 347 ss.; del mismo autor «Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the Eu's Area of Freedom, Security and Justice?», en *ULR*, 2013, pp. 11 ss.

¹⁴ Para más detalles, vid. subapartado 2.2.2.3.

Fundamentales dentro de la UE. Esta solución garantiza que la adopción de la Carta no impedirá futuros desarrollos del conjunto de Derechos Fundamentales reconocidos en la UE. En particular, permitiría al TJUE seguir infiriendo de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros nuevas tendencias o nuevos aspectos de un principio. Esto es particularmente relevante para el principio de legalidad, ya que algunos rasgos del principio tal como se reconocen en algunos Estados Miembros, no están cubiertos hasta el momento por el mismo principio establecido en el artículo 49 de la Carta.

2.1 Alcance

2.1.1 *RATIONE PERSONAE*: ESTADOS MIEMBROS Y AUTORIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA

En el ordenamiento jurídico de la UE, el cumplimiento del principio de legalidad no sólo se extiende a los Estados Miembros sino que también a la acción de las instituciones de la UE.

El hecho de que el artículo 49 de la Carta no mencione el derecho de la UE como posible fuente de delitos (la referencia expresa a la legislación de la UE, propuesta durante las negociaciones de la Carta, fue finalmente eliminada) no puede interpretarse como una exclusión de las disposiciones de la UE del alcance del principio consagrado en la Carta. Esta lectura privaría a la Carta de uno de los efectos más significativos derivados de su adopción y su carácter vinculante en relación con las competencias penales de la UE, es decir, impediría que un acto legislativo de la UE fuera declarado nulo por el TJUE como consecuencia de haber violado el principio de legalidad. Por ello, el derecho de la UE debe considerarse como parte del «Derecho internacional» que se menciona expresamente en el artículo 49 de la Carta¹⁵. No obstante, y como ya se indicó anteriormente, a la hora de proyectar el principio de legalidad debe tenerse en cuenta la peculiar naturaleza de las directivas que por definición dejan un cierto margen de discrecionalidad a los Estados Miembros a la hora de transponerlas. Esta peculiaridad puede colisionar con algunas características del principio de legalidad, especialmente con el principio de determinación.

¹⁵ Tradicionalmente, tal expresión se interpretaba principalmente con un alcance sobre disposiciones que no tienen efectos directos sobre los particulares, como siempre sucede en el Derecho penal internacional (excepto las disposiciones del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional, CPI), y como es el caso de las directivas de la UE que introducen disposiciones penales.

En cuanto a la aplicación del artículo 49 de la Carta a las normas internas que implementan la legislación de la UE ¹⁶, debe tenerse en cuenta que el control por parte del Tribunal de Justicia sólo puede ser indirecto, debido a que los particulares no tienen legitimación directa ante el Tribunal de Justicia. El tribunal únicamente puede examinar su caso en el marco de una cuestión prejudicial interpuesta por un juez nacional. De hecho, el cumplimiento del principio de legalidad por la legislación nacional (o de cualquier otro derecho fundamental) debe ser evaluado en primer lugar por el juez nacional, que deberá no aplicar la norma nacional cuando considere que infringe el principio, tal como se encuentra establecido a nivel de la UE.

2.1.2 *RATIONE MATERIAE*: «DELITO» Y «SANCIÓN» EN EL CEDH Y EN LA CDFUE

Desde su jurisprudencia más temprana, el TEDH adoptó una definición autónoma de los conceptos de «delito» y «pena», establecidos en el artículo 7 del Convenio, con el fin de que las garantías del Convenio fueran de aplicación a cualquier tipo de medida que tuviese un efecto punitivo sobre el individuo, con independencia de su calificación formal y su naturaleza a nivel interno ¹⁷. La naturaleza represiva intrínseca de una medida en particular debía ser evaluada sobre la base de un conjunto de criterios conocidos como los «*criterios Engel*», nombre del caso en el que el TEDH los enumeró por primera vez ¹⁸. El Tribunal utilizó posteriormente los mismos criterios a la hora de definir el con-

¹⁶ De acuerdo con el artículo 51 de la Carta –en la línea de la jurisprudencia consolidada del TJUE– el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en el ámbito de la UE debe estar garantizado por los Estados Miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la UE. Sin embargo, el concepto de «legislación de implementación» se ha interpretado ampliamente por el TJUE.

¹⁷ El TEDH tampoco sigue la distinción que pueda hacerse en el derecho interno entre derecho sustantivo y derecho procesal. En el caso *Scoppola*, el TEDH consideró que están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 7.1 (derecho material) las disposiciones del código de procedimiento penal italiano relativas a las condiciones para tener acceso a un procedimiento sumarial especial que impliquen una reducción vinculante de la pena. En el caso *Del Río Prada* (demanda n.º 42750/09) el TEDH consideró que el método para el cálculo de la remisión de la pena por el trabajo realizado en privación de libertad por la solicitante no se refería a la «ejecución» de la pena (que no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7 del CEDH), pero afectaba al alcance de la misma. Dudosamente, hasta ahora el TEDH ha excluido que las reglas sobre la prescripción caigan dentro del alcance del principio de legalidad, contrariamente a lo establecido en algunos de los Estados Miembros (caso *Coeme y otros c. Bélgica*, n.º 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96). En su reciente decisión del caso *Taricco* (STJUE de 8 de septiembre de 2015, C-105/14, ECLI: EU: C:2015:555) el TJUE adoptó la misma solución refiriéndose expresamente a la jurisprudencia del TEDH.

¹⁸ STEDH de 23 de noviembre de 1976, caso *Engel y otros c. Holanda* n.º 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72, 5370/72.

cepto de «acusación penal» del artículo 6 del CEDH¹⁹. El TJUE ha acogido expresamente este enfoque²⁰.

Cabe destacar aquí que el hecho de que una medida se califique como «delito» siguiendo los criterios *Engel*, no implica que se vea afectada la calificación formal establecida por el Estado parte. El Estado en cuestión no está obligado a modificar la calificación jurídica realizada a nivel interno de una sanción como no penal, con lo que ello implica, por ejemplo, respecto al juez competente o el procedimiento aplicable. Lo relevante es que se cumplan las garantías establecidas en el artículo 7 del CEDH²¹. De este modo, las autoridades nacionales siguen siendo libres de establecer qué situaciones o hechos deben dar lugar a responsabilidad penal.

2.2 Contenido

2.2.1 LA CALIDAD DE LA LEY: ACCESIBILIDAD Y PREVISIBILIDAD DEL DELITO Y LA PENA

El núcleo del *nullum crimen* en el marco del CEDH y de la UE se basa en la *accesibilidad y previsibilidad* para el individuo de las consecuencias de sus actos, cuando estos dan lugar a responsabilidad penal. Desde su más temprana jurisprudencia²², el TEDH rechazó un enfoque formalista con respecto a las definiciones de lo que debe considerarse como base «legal» suficiente. De hecho, el Tribunal fijó claramente el cumplimiento de dicho requisito a la calidad intrínseca de la disposición en términos de accesibilidad para el individuo y la posibilidad concreta de que prevea las consecuencias de sus comportamientos, en lugar de confiar en la naturaleza del acto (la «fuente») de la medida penal. Una medida penal se considera que está «prevista por la ley» siempre que su contenido y las consecuencias que se derivan para el individuo resulten «acce-

¹⁹ STEDH de 23 de octubre de 1984, caso *Ozturk c. Alemania*, n.º 8544/79.

²⁰ El análisis más completo sobre este punto puede hallarse en STJUE de 5 de junio de 2012, C-489/10, caso *Bonda*, EU: C:2012:319.

²¹ Sobre la naturaleza complementaria de las garantías consagradas en el CEDH y en la Carta, vid. F. VIGANÒ: *Il nullum crimen conteso: legalità «Costituzionale» vs legalità «convenzionale?»*, www.penalcontemporaneo.it; F. PALAZZO: «La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità», en *DPP*, 2015, p. 1061.

²² SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times c. UK*, n.º 6538/74, A30 párrafo 49; de 22 de noviembre de 1995, caso *S. W. c. Reino Unido*, n.º 20166/92, A33-B párrafo 35; de 11 de noviembre de 1996, caso *Cantoni c. Francia*, n.º 17862/91 párrafo 29; de 8 de julio de 1999, caso *Erdogu e Ince c. Turquía*, n.º 25067/94, n.º 25068/94 párrafo 59; de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*, n.º 14307/88, A260-A, párrafo 52.

sibles y previsibles», y ello con independencia de si el hecho viene fijado por una ley en sentido formal o por la jurisprudencia.

Para que la ley se considere «accesible», las disposiciones deben haber sido al menos «publicadas»²³, o en todo caso, recopiladas de modo que sea posible conocer su existencia²⁴. El requisito relativo a que los delitos y sus correspondientes sanciones deben ser «previsibles» implica que el individuo debe poder conocer con anterioridad a la realización de su comportamiento no sólo el hecho que puede dar lugar a *responsabilidad penal*²⁵, sino también la *pena* que el juez puede imponerle²⁶, al igual que aquellas otras *consecuencias perjudiciales* que en el caso concreto podría derivarse de la calificación del delito u otras circunstancias²⁷. No obstante, con respecto a este último punto, el TEDH aún debe desarrollar y clarificar esta jurisprudencia²⁸.

Por su parte, la jurisprudencia del TJUE nunca ha abordado concretamente la cuestión de la «calidad de la ley». Por el contrario, solo se encuentran referencias genéricas al artículo 7 del CEDH. Este hecho resulta sorprendente, si se tienen en cuenta los problemas de accesibilidad de las disposiciones de la UE que pueden desplegar efectos punitivos, o incluso las disposiciones nacionales que las implementan y tienen dichos efectos²⁹. Esta situación tendrá necesariamente que evolucionar como consecuencia de la creciente atención por parte de las instituciones europeas y nacionales involucradas en la redacción de disposiciones penales en la cuestión de la «calidad» de la ley³⁰, y, sobre todo, la posición adoptada por el Tribunal de Justicia en algunas de sus recientes sentencias³¹. No obstante, como ya se mencionó, debe tenerse en cuenta

²³ STEDH de 30 de marzo de 1989, caso *Chappel c. Reino Unido*, n.º 10461/83, A152-A párrafo 56.

²⁴ STEDH de 28 de marzo de 1990, caso *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, n.º 10890/84, A173 párrafos 67 y siguientes.

²⁵ STEDH caso *Cantoni*.

²⁶ STEDH (Gran sala) de 12 de febrero de 2008, caso *Kafkaris c. Chipre*, n.º 21906/04 párrafo 140.

²⁷ STEDH de 14 de abril de 2015, caso *Contrada*, n.º 66655/13. Aquí no estaba claro el motivo exacto por el cual se estableció la responsabilidad penal del acusado, mientras que la relevancia penal de sus actos nunca fue cuestionada.

²⁸ Como se mencionó anteriormente, también el sistema de ejecución de sanciones debe ser previsible al menos en sus principales características, de modo que la aplicación retroactiva de una ley que modifica el sistema supone una infracción del Convenio en caso de que tenga repercusiones significativas en la situación del acusado. STEDH (Gran sala) de 21 de octubre de 2013, caso *Del Río Prada c. España*, n.º 42750/09.

²⁹ Entre las pocas decisiones sobre este punto, STJUE de 13 de febrero de 1979, C-85/76 caso *Hoffman-La Roche/Comisión*, EU: C:1997:36.

³⁰ Vid. *inter alia*, Acuerdo interinstitucional, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, DO C 73, de 17 de marzo de 1999.

³¹ STJUE de 17 de junio de 2010, C-413/08 P, caso *Lafarge S. A./Comisión*, EU: C:2010:346, párrafos 94-95. En cuanto a la claridad de las disposiciones de la UE relativas al Derecho penal (según se considera en la jurisprudencia del TEDH); y especialmente el TJUE, vid. STJUE de 28 de junio de 2005, C-189/02 P, caso *Dansk Rorindustri y otros/ Comisión*, donde el TJUE se refirió ampliamente a una serie

que los requisitos de accesibilidad y, sobre todo, de previsibilidad (en términos de claridad y precisión de la disposición/regla) deben configurarse de acuerdo con el hecho de que las disposiciones de Derecho penal en el ordenamiento jurídico de la UE son adoptadas a través de directivas, lo que implica, por su naturaleza, un cierto margen de discrecionalidad a los Estados Miembros en su transposición. Lo anterior se confirma además con la redacción del artículo 83 del TFUE cuando establece que la UE puede adoptar «normas mínimas». No obstante, las disposiciones de la UE también deben cumplir con cierta claridad y precisión debido al hecho de que tienen que indicar suficientemente las decisiones adoptadas a nivel de la UE respecto a las situaciones que deben protegerse a través del Derecho penal y, por tanto, los legisladores nacionales deben proceder a su tutela penal³².

2.2.2 SUBPRINCIPIOS CONSAGRADOS POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En virtud del artículo 7.1 del CEDH, el principio de irretroactividad de las leyes y sanciones penales (según la definición autónoma mencionada anteriormente) es un derecho fundamental. Sin embargo, el núcleo del principio *nullum crimen* consiste en garantizar a nivel europeo las libertades del individuo contra potenciales enjuiciamientos arbitrarios, así como frente a la condena y el castigo y según la asentada jurisprudencia del TEDH, su alcance no se limita a la *prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal* en perjuicio del acusado, sino que cubre todos los aspectos relacionados con la garantía del individuo en lo que se refiere a que *solo la ley puede definir un delito*³³, y que *un delito debe estar claramente definido en la ley*³⁴. Ello incluye en este principio la *prohibición de interpretación analógica*³⁵, o incluso *la prohibición de interpretación extensiva de la ley*.

El TJUE ha reconocido progresivamente todos estos principios así como el contenido del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico de la UE,

de resoluciones del TEDH centradas en la «previsibilidad» de la infracción; STJUE, C-202/02 P, *caso Isoplus y otros/ Comisión*, párrafos 216-219.

³² Vid. La comunicación de la Comisión «Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal», Bruselas, 20 de septiembre de 2011, COM/2011/0573 texto final, p. 9; vid. también las conclusiones del Consejo de 27 de noviembre de 2009; Vid. también STJUE de 3 de junio de 2008, C-308/06, caso Intertanko y otros, EU: C:2008:312.

³³ STEDH caso Kokkinakis c. Grecia, párrafo 52; En el TJUE vid. C-74/95, X, especialmente párrafos 24 y 25.

³⁴ STEDH caso Cantoni c. Francia, párrafo 29; caso Krafkaris, párrafo 140.

³⁵ STEDH caso Coeme y otros c. Bélgica, párrafo 1245.

ya sea basándose en el hecho de que todos estos contenidos se deducen de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros, ya sea por referencia al artículo 7 del CEDH. En algunos casos, el TJUE vinculó estos principios también con el principio de la certeza de la ley, considerado como un principio general del Derecho europeo³⁶.

2.2.2.1 Prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal

La garantía más señalada y ampliamente reconocida entre los corolarios del principio de legalidad es la prohibición de la aplicación retroactiva de delitos y de las penas. Al observar la amplia jurisprudencia del TEDH al respecto, las situaciones más controvertidas se ciñen sobre el cumplimiento del *nullum crimen* de las interpretaciones judiciales que perjudican al acusado, ya sea por considerar que una nueva conducta está dentro del alcance de un delito preexistente (posible invalidación), o como consecuencia de una nueva interpretación de la misma (interpretación *en malam partem*). El enfoque que se da aquí es si dicha interpretación (y finalmente la norma aplicada al acusado) era «previsible» con respecto a la interpretación judicial de la misma disposición en el momento en que se cometió el hecho que constituía un delito³⁷. Más precisamente, una interpretación evolutiva/extensiva no infringe en sí misma el artículo 7 del CEDH siempre que la condena fuera previsible, como consecuencia del hecho de que ello está esencialmente en línea con la extensa interpretación ya proporcionada por la jurisprudencia³⁸. De hecho, el TEDH ha sido siempre flexible en este sen-

³⁶ Para una presentación clara de las fuentes del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico de la UE, vid. STJUE C-74/95, X, en particular párrafos 24-25.

³⁷ El TEDH también atribuye la previsibilidad de la interpretación judicial al derecho a un proceso con todas las garantías y al mismo paradigma del Estado de Derecho, mediante las referencias a dichos derechos y bases se prevén en el artículo 6 CEDH, como condición esencial para la confianza de los ciudadanos en el poder judicial. Vid. en particular STEDH de 22 de diciembre de 2015, caso Stankovic y Trajkovic c. Serbia, n.º 37194/08 y 37270/08 párrafos 40 ss.

³⁸ STEDH caso Kokkinakis c. Grecia, párrafos 40 ss. y 51 ss. Una sentencia fundamental a este respecto es el conocido caso S. W. c. Grecia. STEDH de 22 de noviembre de 1995. Aquí el TEDH llegó a la conclusión de que el juez nacional no había infringido el principio de *nullum crimen* al condenar por el delito de violación a un hombre que había obligado a su esposa a tener relaciones sexuales contra su voluntad a pesar de que existía una jurisprudencia anterior, aunque bastante antigua, excluyendo el delito en caso de violación conyugal. En este caso, el TEDH consideró que el acusado podía prever, en el momento en que cometió la violación, que la jurisprudencia anterior podría haber sido ignorada porque se había vuelto anacrónica. Algunos autores expresaron críticas al respecto. Vid. C. OSBORNE: «Does the end justify the means? Retrospectivity. Article 7 and the marital rape exemption», en *European Human Rights Law Review*, 1996, pp. 406 ss.; S. van DROOGHENBROECK: «Interprétation jurisprudentielle et non-retroactivité de la loi pénale», en *RTDH*, 22 de noviembre de 1995, pp. 477 ss. P. GANDHI y J. JAMES: *Marital rape and responsibility*, *Child and Family law quarterly*, 1997, pp. 17 ss. Sin embargo, semejante actitud del TEDH

tido. Según el TEDH, el artículo 7 del CEDH exige que fuera posible para el acusado prever «el riesgo de ser considerado penalmente responsable por sus actos» no según los precedentes específicos en los mismos temas, sino respecto a la evolución o tendencia seguida en la jurisprudencia³⁹.

Sin embargo, se puede detectar un enfoque más riguroso a partir de las decisiones en *Pessino*⁴⁰ y en *Del Rio Prada*⁴¹. En *Contrada*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece incluso dar un paso adelante⁴². En particular, el Tribunal consideró que la condena era imprevisible en una situación en la que existían en la jurisprudencia calificaciones divergentes de los mismos hechos en el momento en que el acusado había actuado. El Tribunal ha considerado esta situación de incertidumbre como una situación en la que el castigo no era previsible para el acusado. Esto implica que el cumplimiento del CEDH requiere que el acusado pueda, en el momento de los hechos, prever que podría ser considerado penalmente responsable por el delito específico por el que podría ser condenado, al menos cuando esto implique consecuencias especialmente graves (como era el caso en *Contrada*).

Volviendo al ordenamiento jurídico de la UE, el reconocimiento formal del principio de no retroactividad de la ley penal se remonta a 1984 (como parte de los principios generales que el Tribunal debe garantizar). En su sentencia del caso *Kirk*, el Tribunal de Justicia estableció que es contrario a lo dispuesto en la Carta Europea cualquier aplicación retroactiva de la ley penal, incluso cuando ésta tuviese su origen en la transposición interna de una ley de la CE⁴³. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido menos rigurosa cuando se trata de disposiciones europeas con un efecto punitivo que, a efectos del TEDH, son derecho penal en sentido amplio⁴⁴. También con respecto a estas cuestiones, la entrada en vigor de la Carta y el establecimiento formal del principio de legalidad como un derecho fundamental (también con respecto a los actos de la UE), tendrán como conse-

puede encontrarse cuando están en juego esencialmente cuestiones relativas a los valores, mientras que se sigue un enfoque más objetivo cuando la interpretación judicial se refiere a características técnicas.

³⁹ S TEDH caso *Cantoni c. Francia*, párrafos 30-35; de 25 de noviembre de 1997, caso *Grigoriades c. Grecia* párrafos 38-50.

⁴⁰ STEDH de 10 de octubre de 2006, n.º 40403/02. Vid. también STEDH de 24 de mayo de 2007, caso *Dragotoniú c. Rumanía*, n.º 77196/01; y STEDH de 25 de junio de 2009, caso *Liviik c. Estonia*, 12157/05.

⁴¹ STEDH (Gran sala) de 21 de noviembre de 2013, appl. n.º 4275009.

⁴² STEDH de 14 de abril de 2005.

⁴³ STJUE caso *Kirk* (párrafo 21) (confirmando la jurisprudencia asentada: STJUE de 15 de julio de 2004, C-459/02, caso *Gekerens y Procola*, EU: C:2004:454 párrafo 35; caso *Dansk Rorindustri y otros/ Comisión* párrafo 202; caso *Advocaten voor de Wereld* párrafo 49, donde pueden hallarse referencias expresas al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH; recientemente remplazadas por referencias a la Carta de la UE; vid. STJUE (Gran sala) de 29 de marzo de 2011, C-352/09, *P- ThyssenKrupp Nirosta/ Comisión*, EU: C:2011:191, párrafo 80; STJUE de 10 de noviembre de 2011, C-405/10, caso *Garenfeld*, EU: C:2011:722; STJUE de 28 de junio de 2012, C-7/11, caso *Caronna* EU: C:2012:396.

⁴⁴ STJUE caso *Dansk Rorindustri*, párrafo 229; STJUE caso *Gekerens y Procola* párrafos 36-38.

cuencia una mejora significativa de la implementación a nivel de la UE de todos los corolarios/subprincipios del principio de legalidad.

2.2.2.2 *Prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía o interpretación extensiva*

En su sentencia en el caso *Pretore di Salò*⁴⁵, el Tribunal de Justicia estableció como «principio general subyacente a las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y reconocido también por muchos tratados internacionales, y en particular por el CEDH», no sólo la prohibición de aplicar el Derecho penal analógicamente, sino también la prohibición de realizar una interpretación extensiva del Derecho penal. Dicha prohibición se aplica incluso cuando ello podría ser el camino para que el juez nacional interprete (y aplique) la legislación nacional a fin de cumplir los objetivos de la legislación europea y cumplir con las obligaciones que dicha legislación establece. Sin embargo, de manera similar a lo que se ha indicado con respecto a la jurisprudencia del TEDH, la prohibición solo se refiere a la interpretación extensiva de aquella ley de la que no es posible que el individuo pueda «prever»⁴⁶.

2.2.2.3 *Aplicación retroactiva de la ley más favorable (lex mitior)*

De acuerdo con la redacción del artículo 49.1 de la Carta, el principio de legalidad también cubre la regla de aplicación retroactiva de la ley penal cuando «proporciona una pena más leve» para el acusado. Con respecto a este aspecto, la Carta da un importante paso adelante con respecto al artículo 7 del CEDH el cual no indica nada en este sentido. La aplicación retroactiva de la ley penal cuando era favorable al acusado se consideraba que no estaba cubierta originalmente por el artículo 7 del CEDH⁴⁷, hasta que el TEDH cambió expresamente de postura en su decisión en *Scoppola* (en referencia al ar-

⁴⁵ STJUE caso *Pretore di Salò*, párrafos 18-20.

⁴⁶ STJUE, X, C-74/95.

⁴⁷ En su decisión emitida el 6 de marzo de 1978 en el asunto *X c. Alemania*, n.º 7900/77, la Comisión Europea de Derechos Humanos había expresado la opinión de que, a diferencia del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el artículo 7 del CEDH no abarcaba el derecho a una sanción más indulgente por una ley posterior a la Comisión de la infracción. La misma posición fue adoptada por el TEDH, vid. SSTDH de 27 de septiembre de 1995, caso *G. c. Francia*, n.º 15312/89; de 15 de junio de 2004, caso *Le Petit c. RU*, n.º 35574/97; de 30 de septiembre de 2004, caso *Zaprianov c. Bulgaria*, n.º 41171/98.

título 49 de la Carta y la necesidad de armonizar el contenido del principio)⁴⁸. El TJUE estableció este principio como un derecho fundamental antes de que la Carta fuera reconocida como un texto legal vinculante. En su sentencia en *Berlusconi*⁴⁹, el Tribunal de Justicia lo consideró como un principio que subyace a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros (algo que puede cuestionarse de hecho) (véase la Sección II).

Aunque el artículo 49 de la Carta se refiere expresamente a la «pena», lógicamente debe interpretarse que su alcance que abarca cualquier aspecto del tratamiento legal del hecho y sus consecuencias legales⁵⁰.

Considerar esta regla junto con la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal como derechos fundamentales puede tener consecuencias importantes cuando haya que ponderarlos con otros principios o reglas. La Abogada General *Kokott* abordó la cuestión en su opinión en el caso *Berlusconi*, concluyendo que la primacía de la ley de la Comunidad Europea (y las obligaciones del ordenamiento interno para cumplirla) deben prevalecer sobre la aplicación retroactiva de la ley más favorable. Más precisamente, la Abogada General argumentó que la legislación nacional posterior a la comisión del delito no podía aplicarse retroactivamente, aun siendo más favorable para el sujeto, si contraviene la normativa de la CE; en este caso, era la ley vigente en el momento de la comisión del delito (conforme con el Derecho de la UE) la que debía aplicarse. Sin embargo, el TJUE no siguió esta argumentación al establecer la retroactividad de la ley penal más favorable como un derecho fundamental sin referirse a posibles limitaciones⁵¹.

3. CUESTIONES PARTICULARES

3.1 Delitos «según los principios generales reconocidos por la comunidad de naciones»

Según lo dispuesto en el artículo 7.2 del CEDH (y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas), el artículo 49.2 de la

⁴⁸ STEDH de 30 de septiembre de 2009, caso *Scoppola c. Italia* (n.º 2); confirmada en la STEDH de 27 de abril de 2010, caso *Morabito c. Italia*, n.º 21743/07

⁴⁹ STJUE de 3 de mayo de 2005.

⁵⁰ En el caso *Berlusconi* el principio de retroactividad de la ley favorable se estableció con respecto a una situación en la que no era una sanción más liviana lo que estaba en juego, sino una ley posterior según la cual los mismos hechos no se consideraban una infracción penal.

⁵¹ A nivel nacional, se plantea la cuestión cuando la aplicación retrospectiva de la ley más favorable no se atribuye al principio de legalidad, generalmente considerado como no derogable, sino a otros principios que, por el contrario, pueden ser ponderados.

Carta establece que la disposición del artículo 49.1 «no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones». Por sí mismo, el hecho de que tal disposición se confirme en la Carta, –en un contexto histórico completamente diferente con respecto al artículo en el que se concibió el artículo 7 del CEDH (en estrecha relación con las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial)– establece una importante excepción al principio de legalidad como derecho fundamental de la UE que podría dar lugar a situaciones muy críticas. De hecho, permite (mejor dicho, no impide) que una persona sea condenada sobre la base de una disposición interna adoptada después de que se cometiese el delito, siempre que pueda considerarse que cumple con los «principios generales reconocidos por la comunidad de naciones». Sin embargo, el alcance de esta disposición debe interpretarse estrictamente, como es el caso de cualquier limitación de un derecho.

3.2 *Nullum crimen y error de prohibición*

De acuerdo con la reciente jurisprudencia del TEDH⁵², el artículo 7 CEDH requiere que la ley sea previsible no sólo desde un punto de vista objetivo sino también subjetivo. Ello implica el nivel de «conocimiento y/o previsibilidad» del individuo sobre el que se aplica la norma penal⁵³. Desde este argumento, el TEDH consideró que el alcance del artículo 7 CEDH cubría también cuestiones relacionadas con el principio de culpabilidad (en el sentido de los términos anglosajones *guilt/fault*), no expresamente establecido como un derecho fundamental en el CEDH (ni en la Carta de la UE)⁵⁴. En particular, el TEDH señaló

⁵² SSTEDH de 20 de enero de 2009, caso *Sud Fondi c. Italia*, n.º 75909/01; de 29 de octubre de 2013, caso *Varuara c. Italia*, n.º 17475/09.

⁵³ La dimensión «subjetiva» de la previsibilidad fue mencionada en resoluciones del TEDH pero no tuvo mayor desarrollo; vid. SSTEDH caso *Cantoni c. Francia* de 29 de marzo de 2006, *Achour c. Francia*, n.º 67335/01, párrafo 54; de 13 de julio de 1995, caso *Tolstoy Miloslavsky c. R. Unido*, n.º 18139/91, A316-B, párrafo 37; de 6 de abril de 2010, caso *Flinkkila y otros c. Finlandia*, n.º 25576/04 párrafo 65; de 25 de julio de 2013, caso *Khodorkovsky y Lebedev c. Rusia*, n.º 11082/06 y 13772/05 párrafo 779.

⁵⁴ Vid. la contribución de T. ELHOLM en este volumen. Hasta la fecha, el TEDH fue reacio a reconocer este derecho, salvo por algunas referencias a una violación del principio de presunción de inocencia (según el artículo 6 CEDH) en el caso de presunción absoluta de los conocimientos previsto por el derecho interno (7 de octubre de 1988, caso *Salabiaku c. Francia*, n.º 10519/83 A141-A párrafos 10, 15, 17; más recientemente, *ex multis*, 25 de septiembre de 1992, caso *Pham Hoang c. Francia*, n.º 191/87 A243; de 23 de julio de 2002, caso *Västberga Taxi Aktiebolag y Vulic c. Suecia*, n.º 36985/97; de 5 de julio de 2005, caso *Van Offeren c. Países Bajos*, n.º 19581/04). El TEDH mostró una actitud similar, vid. caso *Hansen*, C 326/88, EU: C:1990:291.

que la redacción del artículo 7 CEDH, y especialmente el uso del término «culpabilidad» (*guilt*), esencia misma de cualquier sanción penal, exige un «vínculo de naturaleza subjetiva» para la aplicación de una pena, si bien el mismo tribunal ha excluido expresamente que el artículo 7 del CEDH requiera probar el elemento subjetivo (dolo o culpa)⁵⁵. De acuerdo con la mayoría de los comentarios acerca de estas decisiones, el TEDH amplió el alcance del artículo 7 del CEDH para cubrir (al menos) los casos de error de derecho (error de prohibición) que el acusado no pudo evitar (errores invencibles), ya que no fue posible «prever» que a través de su conducta estuviera cometiendo un delito, debido a una serie de factores concurrentes (ambigüedad/complejidad de la ley, jurisprudencia conflictiva, el nivel de conocimiento que se puede esperar en general de personas que tienen el mismo status social/profesional que el acusado).

Lo esperado es que un logro tan importante sea confirmado también con respecto al principio de legalidad a nivel de la UE⁵⁶.

3.3 *Nullum crimen y exigencia de una lex parlamentaria*

Una característica esencial del principio de legalidad en los sistemas del *Civil law* es el requisito de que solo las disposiciones adoptadas por el Parlamento pueden establecer los motivos de la responsabilidad penal. Ello expresa la necesidad de que cualquier disposición subyacente a la responsabilidad penal individual esté respaldada por una «legitimación democrática», y sea el resultado de un consentimiento general del conjunto de ciudadanos a quien generalmente se dirige la prohibición que constituye delito (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege parlamentaria*). Es poco probable que el artículo 7 de la CEDH o el artículo 49 de la Carta cubran dicho requisito. Por eso, el *nullum crimen* como derecho fundamental reconocido por el CEDH y la Carta de la UE a menudo se considera más como la expresión del paradigma del *Estado de Derecho* (que se centra en la primacía de la ley) que del mismo *principio de legalidad* en sentido estricto (incluyendo aspectos específicos relacionados con la fuente normativa del delito)⁵⁷.

Sin embargo, antes de concluir en el sentido de que el requerimiento de una *lex parlamentaria* queda fuera del alcance del sistema general de protec-

⁵⁵ *Sud Fondi*, párrafos 116-117.

⁵⁶ Según el artículo 52.3 de la Carta, la lectura del artículo 7 del CEDH realizada por el TEDH también se aplica al examinar el alcance del principio de legalidad establecido en el artículo 49 de la Carta.

⁵⁷ U. RESCIGNO: «Principio di legalità, stato di diritto, Rule of Law», en Brunelli & Pugiotto & Veronesi (eds.) *Il diritto Costituzionale come regola e limite al potere*, Napoles, 2009, pp. 323 ss.

ción de los derechos fundamentales de la UE, se debe considerar si ello puede ser reconocido como un principio subyacente a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros, pues las tradiciones comunes constitucionales comunes siguen siendo, según el artículo 6 TUE, fuente de derechos fundamentales de la UE. Sin embargo, el TJUE no muestra una posición clara y unívoca sobre el criterio a seguir para establecer cuándo se debe considerar un principio como la expresión de las «tradiciones constitucionales comunes a la Estados Miembros». Si se observan las tradiciones en los Estados Miembros, se puede concluir que el requisito de que un delito sea establecido por una *lex parlamentaria* es la *tendencia predominante*⁵⁸, aunque el Tribunal de Justicia nunca ha desarrollado este argumento hasta el momento. Esto lleva a la conclusión de que, al menos de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de *lex parlamentaria* no está incluido actualmente en el principio *nullum crimen* como derecho fundamental de la UE⁵⁹.

3.4 *Nullum crimen* como derecho fundamental y como principio

En términos generales, el hecho de que un derecho goce de una protección más amplia en un ordenamiento jurídico interno que a nivel europeo no parece crear problemas con respecto a las obligaciones derivadas de las autoridades estatales en el marco del CEDH. De hecho, las garantías previstas por el CEDH deben considerarse como el umbral mínimo que debe respetar el Estado. En consecuencia, cualquier característica adicional del principio que se reconozca a nivel nacional debe cumplirse cuando la responsabilidad penal de un individuo se establezca de acuerdo con ese ordenamiento jurídico. Esto se debe a la naturaleza complementaria de las garantías consagradas como derechos fundamentales en el CEDH.

Sin embargo, lo anterior es más complejo cuando entra en juego el ordenamiento de la UE. En particular, el cumplimiento de las restricciones constitucio-

⁵⁸ Vid. también sección III.

⁵⁹ I. Fromm: «Supranational Criminal law competence and the democratic déficit of the European Union», en *JCrimL* n.º 2, 2008, pp. 40 ss.; A. M. MAUGUERI: «I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario», en G. Grasso & R. Sicurella (eds.), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigene di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè: Milán, 2008, p. 119. No obstante, aunque no lo reconoce como un derecho fundamental, la EU muestra una creciente atención hacia la exigencia de una legislación adoptada mediante procedimientos que permitan el control del Parlamento. R. SICURELLA: «Questioni di método nella costituzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale», en *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene: Nápoles, pp. 2584 y ss.

nales a nivel nacional puede dar lugar a una infracción de la primacía de la legislación de la UE. La cuestión es si siempre prevalece la protección más amplia otorgada a nivel nacional o, por el contrario, debe aceptarse cierta «flexibilidad» (y, por tanto, admitirse limitaciones) cuando dicha situación se refiera a características del principio fundamental en juego no cubiertas por el mismo principio reconocido como un derecho fundamental a nivel de la UE.

La redacción del artículo 53 de la Carta parece respaldar la primera lectura, ya que afirma 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 [...] así como por las constituciones de los Estados Miembros». Sin embargo, el TJUE proporcionó una lectura diferente en una conocida decisión en el caso *Melloni*, donde excluyó que el artículo 53 de la Carta permitiera que un Estado miembro aplique estándares nacionales siempre que ello comprometa «el nivel de protección provisto por la Carta, tal y como lo interpreta el Tribunal, y la primacía, la unidad y la eficacia del derecho de la UE [...]»⁶⁰.

En cuanto al principio de legalidad, desde la resolución *Kolpinghuis Nijmegen* se dedujo durante mucho tiempo que la posición del Tribunal de Justicia era reconocer siempre la primacía del principio de legalidad tal y como se establece a nivel nacional. Más precisamente, la regla desde hace mucho tiempo siempre ha sido que la legislación de la UE nunca podría tener como consecuencia, *directa o indirectamente*, el establecimiento de nuevos límites para la responsabilidad penal o la extensión de los motivos preexistentes, sin un acto interno que implemente la legislación de la UE adoptada de acuerdo con los procedimientos provistos por el ordenamiento jurídico interno para las disposiciones de Derecho penal⁶¹.

En el caso *Taricco* surgió este problema ya que las disposiciones nacionales impugnadas que supuestamente infringían la legislación de la UE eran disposiciones que regulan el plazo de prescripción que, según el Tribunal de Justicia, quedan fuera del alcance del *nullum crimen*, según lo establecido en el artículo 49 de la Carta conforme a la jurisprudencia del TEDH con respecto al artículo 7 CEDH⁶². Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano ha interpretado que el principio de legalidad previsto en el artículo 25 de la Constitución italiana es aplicable a cualquier norma que tenga un impacto en el acusado, incluyendo aquellas normas que regulen los plazos de prescripción. La

⁶⁰ STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, caso *Melloni*, EU: C:2013:107.

⁶¹ STJUE de 8 de octubre de 1987; confirmado también en *Berlusconi*, STJUE de 3 de mayo de 2005, párrafo 77.

⁶² STJUE de 8 de septiembre de 2015, párrafo 57.

cuestión crucial surgió de la primacía de la legislación de la UE y, en particular, de la primacía del artículo 325 del TFUE que establece la obligación de los Estados Miembros de proporcionar una protección efectiva a los intereses financieros de la UE. Según el TJUE, este precepto podría verse afectado debido a los plazos tan breves de prescripción en casos de interrupción previstos por el Código penal italiano para la persecución de este tipo de delitos. Dichos plazos implican que las autoridades competentes no puedan perseguir de forma efectiva los casos complejos de fraude contra los intereses financieros de la Unión. Por tanto, el juez tiene la obligación de no aplicar la legislación interna conflictiva. En el caso concreto, la no aplicación de la norma interna era perjudicial para el acusado, ya que el procedimiento podía seguir su curso. Sin embargo, la aplicación de la norma penal interna vigente en el momento en el que se cometieron los hechos lleva a considerar los hechos prescritos y, en consecuencia, no perseguibles. La declaración del TJUE según la cual «si el órgano jurisdiccional nacional decide dejar sin aplicación las disposiciones nacionales controvertidas, habrá de velar igualmente por que se respeten los derechos fundamentales de las personas afectadas», puede interpretarse como que el juez remitente ha de velar por los derechos del acusado en el procedimiento (y en general de los individuos acusados de haber cometido el mismo delito antes de que se publicara la decisión del Tribunal en *Taricco*). De hecho, puede interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional invocar otro derecho fundamental previsto en la Carta que no sea el que figura en el artículo 49⁶³. *Taricco* no despejó la cuestión crucial del asunto, esto es, si la primacía de la legislación de la UE implica igualmente que el contenido y el alcance de la protección establecida para un derecho en el ordenamiento jurídico de la UE prevalece sobre un estándar de protección superior de ese mismo derecho derivado de la norma constitucional de un Estado miembro⁶⁴.

⁶³ Vid. R. SICURELLA: «A blunt weapon for the EPO? Taking the edge off the proposed PIF directive», en *Shifting perspectives on the European public prosecutor's office*, T. M. C Asser Press Springer: Verlag, 2017.

⁶⁴ Vid. sección III. El 5 de diciembre de 2017, en una decisión muy esperada, el TJUE adoptó una posición bastante ambigua sobre este punto (vid. STJUE M. A. S y M. B., C-42/17, EU: C:2017:396).

Sección II. Aproximación comparativa

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del principio de legalidad presenta un papel fundamental en todos los sistemas examinados, y en la mayoría de ellos ostenta estatus constitucional. En Francia, el artículo 34 de la Constitución establece el principio de legalidad indicando que solo una ley (aprobada por el Parlamento) puede establecer delitos y penas (excepto en los casos menos graves, las denominadas «infracciones», que pueden dictarse a través de reglamentos del Gobierno, no obstante, las sanciones siguen siendo competencia del Parlamento). Por otra parte, en el artículo 7 de la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano se establece la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley. La Ley Fundamental alemana establece el principio de legalidad en el artículo 103. Además del requisito de que los delitos penales sean establecidos por una *lex parlamentaria*, este precepto reconoce tres corolarios de la seguridad jurídica como son la prohibición de la retroactividad junto con la prohibición de la analogía y del derecho consuetudinario. De manera similar, el artículo 25 de la Constitución italiana establece que una persona solo puede ser considerada penalmente responsable por los delitos previstos por una ley aprobada por el Parlamento antes de la comisión del hecho delictivo (prohibición de la aplicación retroactiva de la ley). Los efectos relativos a la claridad y precisión de la ley y la prohibición de la analogía también se consideran cubiertos por el precepto. En España, el artículo 25 de la Constitución exige que los crímenes y delitos sean establecidos a través de leyes aprobadas por el Parlamento (Ley orgánica). La misma disposición reconoce también el principio de «determinación», el de prohibición de analogía y de aplicación extensiva de la ley junto con la prohibición de la aplicación retroactiva. Todos estos principios tienen el estatus de derechos fundamentales. En consecuencia, los ciudadanos pueden impugnar directamente las supuestas violaciones de los mismos por un acto del juez o de la administración ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo). En Polonia, el artículo 42 de la Constitución establece el principio de legalidad.

De hecho, suele considerarse la legalidad como un principio constitucional, incluso en aquellos Estados Miembros en los que su Constitución no lo menciona explícitamente, como es el caso de Dinamarca. En cuanto al *estatus* peculiar del principio en el Reino Unido, allí la legalidad es un principio consolidado en derecho interno, que prohíbe la aplicación retroactiva del Derecho

penal en detrimento del acusado, aunque la teoría legal sobre esta cuestión dista mucho de ser comparable en los países del *Civil law*⁶⁵.

En términos generales, puede suponerse que los sistemas jurídicos nacionales examinados comparten un entendimiento común sobre el núcleo del principio de legalidad consagrado en el CEDH y en la Carta de la UE. El deber de cumplir con las obligaciones supranacionales sobre este tema (*ius commune* por defecto) ha asegurado la eliminación progresiva de las diferencias significativas existentes en las diversas tradiciones jurídicas de cada uno de los Estados Miembros. Se pueden detectar además *tendencias comunes* en algunos de los sistemas jurídicos examinados sobre otras características como, por ejemplo, el requisito de una ley estatutaria adoptada por el Parlamento (*lege parlamentaria*) como también sobre el recurso a la interpretación analógica de la norma cuando es favorable al acusado.

2. IUS COMMUNE POR DEFECTO

2.1 La prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal

La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal se reconoce en su esencia en todos los ordenamientos jurídicos examinados. Es más, este principio se aplica también en el Reino Unido. Lo mismo se puede decir con respecto al sistema danés, independientemente de la redacción peculiar de la Sec. 3 de su Código Penal donde este principio se «invierte»: debe ser utilizada la ley en el momento de celebración del juicio a menos que sea perjudicial para el acusado⁶⁶.

Sin duda la jurisprudencia de TEDH y TJUE ha contribuido significativamente a la comprensión común que se ha desarrollado progresivamente con

⁶⁵ El principio de legalidad se entiende como uno de los principios generales de interpretación en la legislación, válido para las disposiciones penales (también en los términos de la «*Statutory*»). En concreto, «principio de legalidad» es el extraño nombre dado por las leyes de Halsbury, y luego adoptado por Lord Steyn en *R. v. Secretary of State for the Home Department*, ex p. Simms, a la doctrina de que los derechos y principios constitucionales reconocidos por el *Common law* no pueden anularse por ley a no ser que se indique expresamente o se pueda inferir dicho resultado de forma clara y necesaria. Algunos manuales de estudio utilizan la expresión «principio de legalidad» en el mismo sentido con el que se entiende en los Estados del *Civil law*. Vid. P. Sales: A comparison of the principle of legality and section 3 of the Human Rights Act 1998, disponible en www.statutelawsociety.co.uk.

⁶⁶ El principio abarca la responsabilidad penal (*criminal liability*) y la condena y/o pena (*sentencing*), pero no otras consecuencias legales más allá de las sanciones penales en sentido estricto. Así, por ejemplo, suelen quedar fuera las medidas de suspensión de la pena sometidas o no a condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad o las medidas de seguridad de internamiento o las medidas consistentes en la pérdida de otros (vid. sección III)

respecto a este corolario del principio de legalidad. En particular, el deber de cumplir con los diversos contenidos del principio, desarrollados especialmente por el TEDH, ha afectado significativamente sobre su alcance al ampliar sus efectos, tal y como se reconoce también a nivel nacional. Lo anterior se debe básicamente a la interpretación autónoma que el TEDH ha realizado del concepto de «pena» y de «ley», abarcando este último también la interpretación judicial.

En cuanto a las consecuencias del concepto autónomo de pena, puede citarse como ejemplo el caso de la detención por motivos de seguridad en el sistema legal alemán⁶⁷, el cual se considera fuera del alcance del principio de legalidad como cualquier otra medida de rehabilitación e incapacitación según la secc. 2 del Código Penal alemán. Estas medidas se determinarán de acuerdo con la ley vigente en el momento de la decisión, ya que siguen propósitos preventivos relacionados con el peligro que presenta el delincuente independientemente de su culpabilidad y no pueden considerarse de naturaleza punitiva/represiva (vid. apartado III). Sin embargo, el TEDH consideró esta medida como una «sanción» sujeta a la prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho penal de conformidad con el artículo 7 del CEDH⁶⁸. Lo mismo sucedió respecto a algunas formas de confiscación previstas por el ordenamiento jurídico italiano⁶⁹.

En cuanto al concepto de «ley», es evidente que las consecuencias más delicadas se derivan del enfoque de TEDH y TJUE especialmente para los sistemas del *Civil law*. De acuerdo con la jurisprudencia de estos tribunales, cuando en estos últimos sistemas se basan esencialmente en el principio de necesidad de ley adoptada por el Parlamento para establecer cualquier motivo de responsabilidad penal, la interpretación judicial es también tiene cabida en el concepto de «ley». Como resultado, las garantías en el CEDH también cubren los resultados de la interpretación judicial y, entre ellos, la prohibición de la aplicación retroactiva de la interpretación judicial cuando sea perjudicial para el acusado. En este punto, se derivan evidentes discrepancias de la posición de la Teoría del Derecho en los sistemas continentales examinados y especialmente en algunos de ellos, como el alemán, el italiano y también el español. La interpretación judicial cumple aquí con el límite único de la redacción de las leyes. En consecuencia, la interpretación judicial, incluso cuando es

⁶⁷ También llamada «custodia de seguridad» (*Sicherungsverwahrung*) puede ser ordenada junto a una sentencia de privación de libertad si el individuo ha mostrado cierta peligrosidad social.

⁶⁸ STEDH de 17 de diciembre de 2009, caso *M. c. Alemania*, n.º 19359/04. Vid. también STEDH de 7 de junio de 2012, caso *K. c. Alemania*, n.º 61827/09 y STEDH de 7 de junio de 2012, caso *G. c. Alemania*.

⁶⁹ STEDH caso *Varvara c. Italia*. En esta resolución el TEDH consideró que la forma indirecta de confiscación en juego en este caso tenía que ser considerada como una «pena». Vid. también la contribución de A. M. MAUGERI en este volumen.

perjudicial para el acusado, es en principio factible, a menos que se haga *contra legem*. Por ello, la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal no se aplica a la interpretación judicial de la ley. Sin embargo, se espera que algunas sentencias del TEDH produzcan cambios significativos.

En España, la necesidad de revisar esta postura vino de la mano de la decisión del TEDH en el caso *Del Rio Prada*⁷⁰, donde España fue condenada por violar el artículo 7 del CEDH, al admitir la aplicación retroactiva de un cambio de interpretación jurisprudencial absolutamente imprevisible para la perjudicada⁷¹. En Italia, tras la decisión del TEDH en *Contrada*⁷², la Corte Suprema (*Corte di Cassazione*) tuvo que anular la decisión del Tribunal de Apelación de Palermo que condenaba al acusado por haber contribuido a una organización criminal mafiosa sobre la base de la combinación de los dos preceptos del Código Penal italiano que regulan la participación en un delito (art. 110 del Código Penal) y el delito en la parte especial de la organización criminal de tipo mafioso (art. 416 bis del código penal)⁷³. El TEDH consideró que un motivo de responsabilidad fijado progresivamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano desde 1994 no era lo suficientemente preciso y previsible en el momento en el que el acusado cometió los hechos. En vista de la reciente decisión del Tribunal Supremo italiano, la «estabilidad» de las decisiones judiciales parece haberse convertido en un criterio relevante en la interpretación legal de las disposiciones⁷⁴.

Asimismo, Francia fue condenada por el TEDH en el caso *Pessino*⁷⁵ debido a la imprevisibilidad de la recalificación y, por lo tanto, a la criminalización de los hechos del caso.

⁷⁰ STEDH de 21 de octubre de 2013.

⁷¹ El caso se refería al aplazamiento de la puesta en libertad definitiva de una persona condenada por delitos de terrorismo, sobre la base de un nuevo enfoque (la «doctrina Parot») adoptado por el Tribunal Supremo español después de haber sido condenada. El TEDH consideró que la demandante tampoco podía haber previsto que el Tribunal supremo español se apartaría de su jurisprudencia anterior en febrero de 2006, dando lugar así a prolongar su encarcelación casi nueve años más.

⁷² STEDH de 14 de abril de 2005.

⁷³ Según el Tribunal Supremo, el cumplimiento del requisito de previsibilidad de la interpretación judicial que se deriva de la decisión de *Contrada* llevó a considerar que el acusado actuó en una situación de error de derecho (error de prohibición) según lo establecido desde la decisión del Tribunal constitucional italiano n.º 362/88. En efecto, el cumplimiento del requisito de previsibilidad tal como se estableció en *Contrada* exige una evaluación más precisa de la pertinencia del error de derecho (error de prohibición) que la que se desprende de la hasta ahora asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Vid. PUSATERI: «Art. 5», en E. Dolcini & G. L. Gatta, *Codice penale commentato IV*, 2015, pp. 228 ss.; F. VIGANÒ: *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, en www.penalcontemporaneo.it, especialmente apartado 5.3. Vid. también Sección III.

⁷⁴ En general sobre este aspecto vid. A. CADOPPI: *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giapichelli Editori: Turín, 2007.

⁷⁵ STEDH de 10 de octubre de 2006.

En Alemania, el enfoque tradicional tendrá que modificarse tras una decisión bastante reciente del Tribunal Constitucional Federal alemán⁷⁶. La alta instancia judicial germana estableció la obligación de los jueces de precisar y concretar los elementos del delito cuando el legislador los describe con formulaciones generales y vagas⁷⁷. Ahora bien, el Tribunal Constitucional Federal no ha aclarado aún si la prohibición de la retroactividad también se aplica a un cambio de jurisprudencia asentada (y en caso afirmativo en qué situaciones), y si la aplicación de la interpretación innovadora depende de un cierto grado de previsibilidad. Sin embargo, cuando una persona solo puede asumir el riesgo de un castigo, en realidad también cobra relevancia el aspecto de las expectativas legítimas en la jurisprudencia asentada, según esta nueva doctrina.

2.2 Claridad y precisión de la ley

El alcance del principio de legalidad establecido a nivel supranacional también implica que las disposiciones penales sean suficientemente claras y precisas. De hecho, la prohibición de la retroactividad sería inútil si la ley, incluso no siendo retroactiva, fuera excesivamente compleja, genérica o inaccesible. A este respecto, la claridad y la precisión de la ley expresan el mismo requisito de la exigibilidad de ley previa, especialmente cuando se refiere a disposiciones legales. Además, este requisito está estrictamente interconectado con la prohibición de aplicación analógica. Más precisamente, las restricciones que surgen del requisito de claridad y precisión de la ley son dobles. Por un lado, se dirigen al poder legislativo y se refieren básicamente a la redacción de disposiciones penales. Por otro lado, también afectan al poder judicial, ya que tienen la intención de evitar de alguna manera que los jueces y tribunales abusen de su margen de discrecionalidad a la hora de aplicar la ley. En consecuencia, la prohibición de analogía puede considerarse como la otra cara de la misma moneda.

La mayoría de las Constituciones o Códigos Penales de los ordenamientos jurídicos no contienen una disposición específica que exija que las leyes penales sean claras y precisas. Sin embargo, se puede argumentar que la claridad y precisión de la ley son dos piedras angulares de la responsabilidad penal en todos los Estados Miembros.

⁷⁶ Corte constitucional federal, jurisprudencia oficial, 2010 BVerfGE 126, 170, párrafos 198 ss.

⁷⁷ El delito en juego era el de malversación y abuso de confianza (*Untreue*), vid. artículo 266 del Código Penal alemán.

En Dinamarca, se considera una «buena costumbre» (*good practice*) el concebir disposiciones penales claras y precisas. En Francia, la calidad de la ley (*légalité matérielle*) puede ser verificada por el juez (con respecto al artículo 7 del CEDH) y por el *Conseil Constitutionnel* (con respecto al artículo 8 DRMC)⁷⁸. En Polonia, las disposiciones de Derecho penal deben describir el delito de la manera más estricta posible (*nullum crimen sine lege certa*). La doctrina alemana elaboró requisitos bastante estrictos sobre la calidad de la redacción de las disposiciones de la ley penal, aunque no se le impide al legislador usar términos abstractos o generales en la ley, los cuales deben ser interpretados por el juez. En cuanto al ordenamiento jurídico italiano, el artículo 1 del Código Penal se considera como la fuente legal de esta manifestación del principio de legalidad, ya que requiere que el delito esté «*expresamente* establecido por la ley», lo que se considera que se refiere tanto al principio de la precisión como a la prohibición de analogía⁷⁹. Sin embargo, existe una opinión bastante unánime en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, así como entre los expertos en Derecho constitucional, sobre el hecho de que el principio de determinación (junto con la prohibición de analogía) está también cubierto por el artículo 25.2 de la Constitución, a pesar de que este último no menciona expresamente tales aspectos⁸⁰. De hecho, se consideran consecuencia lógica del *fundamento* del principio de legalidad⁸¹. En lo que respecta al Reino Unido, no sorprende que los delitos de *Common law* hayan recibido críticas a menudo por su vaga redacción. No obstante, el TEDH ha dejado claro que dichas normas pueden llegar a cumplir con el artículo 7 del CEDH, si se dan las condiciones de previsibilidad y accesibilidad. Aunque las demandas presentadas en casos de los delitos del *Common law* por razones de claridad y precisión rara vez han tenido éxito en los tribunales ingleses (ver la

⁷⁸ Vid. *Conseil Constitutionnel* resolución de 4 de mayo de 2012, n.º 2012-240 QPC, donde el *Conseil Constitutionnel* derogó el delito de acoso sexual (*harcèlement sexual*), ya que considera que no era lo suficientemente preciso.

⁷⁹ También el artículo 14 de *Preleggi* consagra el mismo principio.

⁸⁰ *Conseil Constitutionnel* resolución n.º 27/1961.

⁸¹ Sin embargo, especialmente antes de los años ochenta, el Tribunal Constitucional rara vez impugnó el cumplimiento del principio de legalidad de una disposición debido a su significado poco claro. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha demostrado la intención de impulsar el respeto de la precisión de la ley. Vid. *Corte cost* n.º 96/1981; *Corte cost*. n.º 34/1995. Cabe mencionar que, en cuanto al sistema alemán, entre los argumentos utilizados para apoyar su tesis, el Tribunal de Justicia se refiere también al hecho de que, en algunos casos, la falta de precisión o de claridad de la ley puede superarse en cierta medida mediante la interpretación del juez. Tal argumento, aunque impugnado por algunos autores, confirma implícitamente que un cambio de postura hacia la interpretación judicial como una forma de definir el delito.

Sección III), en *GG*⁸² y *Norris*⁸³, la *House of Lords* se basó en el artículo 7 CEDH para rechazar el uso de la conspiración por parte de la Corona para defraudar, cuando ese delito nunca antes se había utilizado para enjuiciar la supuesta corrección de precios por malas acciones⁸⁴.

2.3 La prohibición de aplicación analógica del Derecho penal o de interpretación extensiva

También sobre este asunto se espera que la jurisprudencia del TEDH fomente el desarrollo progresivo de un entendimiento común acerca de los límites de la interpretación judicial, a pesar del hecho de que las tradiciones jurídicas en los Estados Miembros sigan reflejando un enfoque diferente. Incluso en el caso del sistema danés, el único entre los sistemas europeos examinados donde se permite la analogía normativa por la Sec. 1 del Código Penal, esta casi nunca se utiliza⁸⁵. En Francia, no sólo se prohíben las analogías sino también las interpretaciones extensivas (art. 111.4 del Código penal)⁸⁶. Sin embargo, el *Consejo Constitucional* nunca ha indicado que el principio tuviera rango constitucional. En Polonia, además de la prohibición de la analogía en perjuicio de los acusados, el Tribunal Supremo señaló claramente que, «de conformidad con el Derecho penal, no está permitido hacer una interpretación amplia de normas específicas en detrimento del reo»⁸⁷.

En términos generales, en Alemania, Italia y España la situación parece ser bastante similar. La prohibición de analogía incluye todos los elementos del delito, así como las consecuencias legales de un acto criminal, incluidas las medidas de rehabilitación e incapacitación. Por el contrario, la interpretación

⁸² GG (2008) UKHL 17.

⁸³ *Norris c. USA* (2008) UKHL 16.

⁸⁴ En el caso *Goldstein* Lord Bingham declaró: «nadie debe ser castigado por un hecho que no fuera claro ni constitutivo de delito cuando se llevó a cabo». Vid. (2005) UKHL 16 párrafo 33.

⁸⁵ La Corte Suprema ha rechazado la analogía en varios casos. Sin embargo, el Tribunal no siempre especifica si se utiliza una interpretación o analogía (amplia) para fundamentar la responsabilidad de una persona. Vid. sección III.

⁸⁶ La *Assemblée plénière* de la Corte suprema (*Cour de Cassation*) ha recordado recientemente la prohibición de una interpretación extensa al excluir la aplicación del homicidio sobre el no nacido. En la resolución del 29 de junio de 2001 señala: «El principio de legalidad de las infracciones y penas, que impone una interpretación estricta del Derecho penal, se opone a que la tipificación del homicidio se extienda al caso del no nacido».

⁸⁷ Sin embargo, al mismo tiempo, el Tribunal Supremo demostró cierta flexibilidad a este respecto al afirmar que «el *nullum crimen* significa que sólo quien comete un acto prohibido por la ley puede ser considerado penalmente responsable, pero ello no significa que la ley describa cualquier posible comportamiento, sino que dicho comportamiento debe cumplir las características generales del acto al que se refiere la ley». Resolución de la Corte Suprema de 29 de julio de 2009, I KZP 8/09, OSNKW 2009/8/61.

extensiva no se prohíbe formalmente⁸⁸. Más precisamente, la idea básica es que todo lo que esté cubierto por el significado (más amplio) de las palabras empleadas en la disposición legal debe considerarse como aquello que la ley establece⁸⁹. En principio, se considera que cualquier interpretación que pueda *inferirse razonablemente* (siguiendo los criterios tradicionales de interpretación, como los literales, históricos, sistemáticos o teleológicos) respeta el principio de legalidad⁹⁰.

La situación en el Reino Unido parece ser bastante difícil de clasificar. Las diferencias surgen con respecto a los delitos en los sistemas del *Common law* y del *Civil law*. En cuanto a los delitos del *Common law*, hay que tener en cuenta que el principio de *similibus ad similia* fue la herramienta principal sobre la que se desarrollaron los delitos en el *Common law* a lo largo del tiempo. Por lo tanto, una prohibición de analogía, al menos en su sentido técnico, no tenía realmente sentido. Figuraban aquí las reglas del precedente funcionalmente equivalente a la *lex scripta*⁹¹. Sin embargo, considerando la necesidad de respetar la claridad y la precisión, los delitos deben estar sujetos a una interpretación restrictiva. En lo que se refiere a los delitos previstos en la ley (*statutory offences*) y siguiendo los principios generales de interpretación judicial, las ambigüedades en la definición deben interpretarse a favor del acusado en la medida en que sea compatible con su alcance. La minimización de la consecuencia penal debe garantizarse solo si no se desprende de las disposiciones de la propia Ley o del propósito por el cual se promulgó la norma que prescribe la conducta del acusado. Al examinar la finalidad del legislador cuando promulgó la norma, el alcance de la responsabilidad penal se puede ampliar y reducir⁹². Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones del CEDH con respecto a la previsibilidad de la infracción puede suavizar significativamente esta peculiaridad.

⁸⁸ En cuanto al sistema italiano, en la propuesta de reforma constitucional presentada en 1997 por la *Commissione bicamerale* preveía una prohibición expresa que abarcara la analogía y una interpretación extensiva, pero no fue adoptada.

⁸⁹ Sin embargo, en Alemania, los tribunales superiores, en particular el tribunal constitucional federal, a veces acotan la interpretación de los tribunales inferiores. Este fue el caso del delito de malversación y abuso de confianza en el que el Tribunal Constitucional Federal declaró que debía interpretarse restrictivamente porque el delito ya contiene términos vagos y generales; *BVerfGE* 126, 170 (200).

⁹⁰ Con respecto al principio de legalidad establecido a nivel supranacional se ha abordado cuando una interpretación razonable puede considerarse también previsible para los acusados de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. La previsibilidad de la ley no implica en sí misma la prohibición de cualquier interpretación que no fuera previsible para el acusado, pero prohíbe que tal interpretación se aplique a este último.

⁹¹ Vid. C. PERISTERIDOU: *The principle of legality in European Criminal law*, Interseptia: Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, pp. 93-95.

⁹² Algunos autores abogan por una posición diferente hacia una interpretación restrictiva del delito. Vid. W. WILSON: *Criminal law. Doctrine and Theory*, Pearson-Longman, 2008, p. 20.

2.4 La aplicación retroactiva de la ley más favorable (*lex mitior*)

El principio *lex mitior* es la manifestación del principio de legalidad que más recientemente se ha reconocido a nivel supranacional. El TJUE estableció este principio como un corolario fundamental en su decisión en *Berlusconi*⁹³, antes de que se reconociera la Carta con efecto vinculante. En consecuencia con el artículo 49 el principio de legalidad incluye la *lex mitior* (vid. Sección I). El TJUE consideró la *lex mitior* como un principio subyacente a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros. De hecho, se puede observar que no fue exactamente en dicho caso cuando el Tribunal de Justicia lo declaró. Sin embargo, se espera que el deber de cumplir con la Carta –así como con el artículo 7 del CEDH, que desde su resolución en el caso *Scoppola*⁹⁴ el TEDH interpreta que cubre también el *lex mitior*– impulse un desarrollo progresivo hacia un entendimiento común también con respecto a este principio. Ello es especialmente relevante para el Reino Unido, donde la *lex mitior* originariamente se aplica solo a las modificaciones en los delitos del *Common law*, mientras que para los delitos estatutarios, la Sección 16 (1) (d) - (e) de 1978 considera que la Ley de Interpretación lo excluye (vid. Sección III). Se espera que la decisión en *Scoppola* alinee la situación de los delitos previstos legalmente (*statutory offences*)⁹⁵.

Como ya se mencionó, el Código Penal danés (Sección 3) establece que debe aplicarse la ley existente en el momento del juicio a menos que sea perjudicial para el acusado. Como consecuencia, esta disposición también abarca el principio de *lex mitior*. En Francia, el principio de aplicación retroactiva de *lex mitior* ha sido reconocido por una sentencia del *Consejo Constitucional* de 19-20 de enero de 1981. En virtud de la misma, el principio cubre no sólo una pena más leve sino también una cualquier modificación que conlleve una variación en las consecuencias de un delito que sea favorable para el acusado (por ejemplo, la derogación de una circunstancia agravante o la creación de una nueva causa de exculpación). El principio también se aplica en Polonia.

En términos generales, Alemania, Italia y España comparten una situación similar. En estos países, la regla de *lex mitior* está expresamente prevista en los Códigos Penales respectivos y, en general, cubre cualquier consecuencia

⁹³ STJUE de 3 de mayo de 2005.

⁹⁴ STEDH de 17 de septiembre de 2009.

⁹⁵ A este respecto, en la decisión Appeal R c. Docherty (2014) EWCA Crim. 1197 del Tribunal de Justicia se pueden leer declaraciones muy interesantes. La decisión fue objeto de apelación ante la Corte Suprema. Vid. M. BOHLANDER: «Retrospective reductions in the severity of substantive criminal law. The *lex mitior* principle and the impact of the *Scoppola v. Italy* n.º 2», en *CrimLRev*, 2011, pp. 627 ss.

legal del delito, es decir, toda circunstancia relacionada con el carácter punible del delito. De acuerdo con la redacción de la Sección 2 (3) StGB, el principio también se aplica a la ley intermedia (*intermediate*) más favorable. Esto último fue discutido en Italia a pesar del hecho de que el artículo 2 del Código Penal en su párrafo 4º se refiere generalmente a las «leyes posteriores más favorables» (con respecto al momento en que se cometió el delito). De todos modos, esa cuestión ya no es debatida tras la decisión del TEDH en *Scoppola*, donde estaba en juego una ley intermedia. La *lex mitior* se aplica a la ley intermedia también en España. De hecho, el Código Penal español en el artículo 2.2 establece la regla de *lex mitior* con un amplio ámbito de aplicación que abarca también los casos *res iudicata* y las sentencias del Tribunal Constitucional que establecen la inconstitucionalidad de una ley.

Con respecto al estatus y fundamento del principio, hay que señalar que a diferencia de lo que sucede a nivel supranacional, la *lex mitior* se reconoce con un estatus diferente al del principio de legalidad. La doctrina española considera que su fundamento es el principio de proporcionalidad. En consecuencia, incluso si tiene rango constitucional (art. 9.3 de la Constitución), no se considera como un derecho fundamental a diferencia de lo que ocurre con los otros corolarios del principio de legalidad. Un enfoque similar se sigue en Italia por la jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional que considera, a diferencia del principio de irretroactividad, que el principio de retroactividad favorable no está cubierto por el artículo 25.2 de la Constitución. En consecuencia, la *lex mitior* se basa en el principio de proporcionalidad e igualdad (art. 3 de la Constitución). Por tanto, las excepciones a la *lex mitior* son legítimas siempre que sean razonables y proporcionales, mientras que la prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho penal se establece como un principio inderogable. El rango constitucional del principio es también discutible en Alemania⁹⁶.

⁹⁶ La mayoría de la doctrina considera que no ostenta rango constitucional, sino que se trata de un principio previsto en una simple ley federal que podría anularse o limitarse por una posterior. Otros opinan que el principio *lex mitior* tiene anclaje en la Constitución: algunos de estos autores opinan que el principio ya está implícito en la prohibición de retroactividad; otros recurren al principio del Estado de Derecho, en particular a sus principios de proporcionalidad y a la prohibición de la arbitrariedad. Finalmente, hay autores que alegan que la obligación del artículo 2 (3) del CCG debe interpretarse a la luz del artículo 49.1 de la Carta y del artículo 7 del TEDH y, por lo tanto, tiene un valor constitucional.

3. TENDENCIAS COMUNES EXISTENTES Y TENDENCIAS EMERGENTES

El amplio alcance del principio de legalidad a nivel supranacional deja poco espacio para detectar más aspectos comunes. Probablemente, el asunto más notable es el relacionado con la fuente misma del Derecho penal y en particular, el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la concepción del principio de legalidad formal en los sistemas de *Civil law*, a nivel supranacional la legalidad no cubre el principio de separación de poderes ni el requisito de *lex parlamentaria* previa. De hecho, la existencia de una ley parlamentaria previa no es un requisito para crear delitos en los sistemas del *Common law*. Sin embargo, también en su derecho, las leyes escritas (*statute laws*) se han convertido progresivamente en la principal fuente de delitos, mientras que hoy en día se recurre poco a los delitos de *Common law*. Por lo tanto, el requisito de la *lex parlamentaria* aparece progresivamente como una característica común. También puede detectarse una tendencia común emergente entre los Estados Miembros con referencia a la aplicación analógica cuando es favorable al acusado.

3.1 La exigencia de *lex parlamentaria*

Hasta ahora el principio según el cual las infracciones penales sólo pueden establecerse mediante disposiciones adoptadas por los representantes del Pueblo nunca se ha reconocido como un derecho fundamental por el TJUE. Sin embargo, según algunos estudiosos, el control democrático de las disposiciones que establecen sanciones penales debe considerarse un derecho fundamental de la UE teniendo en cuenta el hecho de que es un principio subyacente a las tradiciones constitucionales de un gran número de Estados Miembros.

En Alemania, Italia y España, las disposiciones constitucionales que tratan el principio de legalidad también consagran el principio según el cual los delitos solo pueden establecerse mediante una ley aprobada por el Parlamento (*Spezifischer Gesetzesvorbehalt*, *riserva di legge*, reserva de ley). Los actos de los gobiernos (poder ejecutivo) solo pueden establecer infracciones penales cuando se encuentren habilitados para hacerlo por ley (y dentro de los límites establecidos por la ley de habilitación)⁹⁷. Lo mismo se establece en el Código

⁹⁷ En Italia, el artículo 77 de la Constitución establece que «en caso de necesidad y urgencia» el Gobierno podrá adoptar un decreto que perderá todo efecto si no fuere convertido en ley dentro de los sesenta días posteriores a su publicación. A pesar de que la constitución se refiere a esta situación como

Penal de Dinamarca (Código Penal Sec. 1 (1)). En Francia, el artículo 34 de la Constitución requiere ley del Parlamento para establecer las infracciones más graves al ordenamiento jurídico calificadas como «*crimes*» o «*délits*», mientras que los calificados como «*contraventions*» pueden ser también establecidas vía reglamento, como ya se mencionó. Del mismo modo, en Polonia, la fuente de los delitos solo puede ser un acto legislativo, adoptado por el Parlamento, siguiendo un procedimiento legislativo específico.

Cuestión aparte merece esta discusión en el Reino Unido, donde dada la presencia de delitos propios de los usos y costumbres del *Common law* (*Common law offences*), el asunto del control democrático del derecho penal no se da con tanta rigurosidad como en los Estados del *Civil law*. Sin embargo, la creciente importancia de los delitos a través de derecho estricto mencionado anteriormente deja claro que el control democrático sobre el Derecho penal es cada vez más relevante también en Reino Unido⁹⁸. Este cambio en la forma en que se aborda el Derecho penal tiene una consecuencia importante: Cuando el mismo comportamiento está regulado por leyes escritas (*statute law*) y por el *Common law* (*Common law offences*), se debe dar preferencia a la ley escrita (*statute law*).

3.2 Aplicación analógica favorable al acusado

El CEDH y la Carta de los derechos de la UE guardan silencio con respecto a la posibilidad de usar la analogía cuando es favorable para el acusado (con respecto, por ejemplo, a la ampliación de las causas de exoneración de la responsabilidad penal). Por lo tanto, no existen obligaciones específicas dirigidas a los Estados Miembros en este sentido. Sin embargo, salvo en Francia donde no se puede encontrar una jurisprudencia asentada que respalde la analogía en *bonam partem*, dicho aspecto parece aplicarse en todos los sistemas examinados. Por lo tanto, se puede detectar una tendencia común en la idea

una situación bastante excepcional, no es raro que los delitos se introduzcan de esta manera, práctica muy criticada por la doctrina penalista.

⁹⁸ Vid. Jones (2007) 1 AC 136, donde Lord Bingham subrayó claramente la importancia del principio democrático en Reino Unido, afirmando que «son aquellos que representan a la ciudadanía del país en el Parlamento, no el ejecutivo ni los jueces, quiénes han de decidir qué conducta debe considerarse fuera de los límites de lo que es aceptable en nuestra sociedad y ser objeto de sanciones penales». Además, cabe mencionar que el requisito de que la infracción penal se adopte mediante un acto del Parlamento (o bajo la autoridad de este último) estaba previsto en el proyecto de código penal emitido en 1989 por la *Law Commission* y nunca se promulgó.

básica de que, en general, todo lo que pueda minimizar las consecuencias jurídicas para el acusado debe prevalecer sobre el requisito de la certeza de la ley.

Sección III. Cuestiones abiertas

1. INTRODUCCIÓN

Las dos secciones anteriores han demostrado cómo las obligaciones supranacionales por una parte, y las características comunes existentes entre las tradiciones jurídicas de los Estados Miembros, por otra, aseguran un entendimiento común cada vez mayor del principio de legalidad entre los Estados Miembros de la UE. A pesar de ello, quedan por resolver algunas cuestiones críticas importantes para garantizar una cooperación más eficiente entre los Estados Miembros y, en consecuencia, una protección efectiva de los intereses financieros de la UE.

2. CRÍTICAS

2.1 El diferente alcance del principio de legalidad en la Unión Europea y a nivel nacional

En los siguientes epígrafes, se discutirá la cuestión de los plazos de prescripción y el concepto de «pena» (*penalty*), con el objeto de mostrar que los aspectos críticos pueden surgir no sólo respecto a una interpretación concreta del principio de legalidad en sí mismo considerado, sino también a un entendimiento diferente de su ámbito de aplicación.

2.1.1 LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Este problema está muy claramente ilustrado por la reciente y muy debatida sentencia del Tribunal de Justicia en el *caso Taricco*⁹⁹ y las decisiones posteriores de los tribunales italianos.

El caso se refería a un fraude en el IVA (denominado fraude de «*carosello*»): El acusado fue acusado de haber facturado a compañías ficticias por transacciones

⁹⁹ STJUE de 8 de septiembre de 2015, C-105/14.

inexistentes. Según el Tribunal de Justicia, las disposiciones italianas sobre la prescripción pueden dar lugar a una infracción de la legislación de la UE, ya que permiten una prórroga del período de prescripción en solo una cuarta parte de su duración inicial en caso de una interrupción, con el resultado de que los acusados disfrutaban de una impunidad *de facto* cuando están en juego delitos complejos, como lo eran los del caso en cuestión. Por lo tanto, esta disposición tuvo un efecto adverso en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros en virtud del artículo 325 (1) y (2) del TFUE. El TJUE concluyó que siempre que la norma nacional impidiera la imposición de sanciones efectivas y disuasorias en un número significativo de casos de fraude grave que afecte a los intereses financieros de la UE, lo cual ha de comprobar el órgano jurisdiccional nacional, este último tiene el deber de no aplicar las disposiciones nacionales impugnadas.

Ahora bien, la no aplicación de las disposiciones nacionales en conflicto impuesta por el Tribunal de Justicia –que es una consecuencia asentada en el caso de que la legislación nacional pertinente sea contraria a la legislación de la UE– daba lugar a un tratamiento retroactivo perjudicial para el acusado. De hecho, la *decisión* del TJUE daba lugar a una violación de la prohibición de la retroactividad, ya que, dentro del sistema italiano, el período de prescripción está cubierto por el principio de legalidad. Como resultado –a pesar del hecho de que algunas decisiones emitidas por el Tribunal de Casación italiano ya han aplicado los principios establecidos en *Taricco*¹⁰⁰– la aplicabilidad de los principios afirmados por el Tribunal de Justicia era aún discutible.

El Tribunal de Apelación de Milán¹⁰¹ y una Sala de la Corte Suprema (*Corte di Cassazione*)¹⁰² se han dirigido al Tribunal Constitucional italiano para preguntar si el artículo 325 del TFUE según lo interpretado por el TJUE y, sobre todo, la obligación del juez nacional de no aplicar la legislación nacional sobre la prescripción puede considerarse que afecta al núcleo de los valores fundamentales que subyacen en el ordenamiento jurídico italiano. Esto podría entonces dar lugar a que el Tribunal Constitucional declarase la ilegitimidad de la ley que ejecuta el Tratado de Lisboa (allí en lo que concierne a la ejecución del artículo 325 del TFUE) según la teoría de los «contralímites» creada en la construcción de los fundamentos y límites constitucionales a la participación de Italia en las Comunidades Europeas. El Tribunal Constitucional presentó

¹⁰⁰ Corte italiana de casación, resoluciones n.º 7914/2019, n.º 28346/2016, n.º 33538/2016, n.º 44584/2016. Recientemente (n.º 12160/2017) la Corte ha especificado las nociones de «fraude», «serio» y «número significativo».

¹⁰¹ Corte de apelación de Milán, sección II de lo penal, orden de 18 de septiembre de 2015.

¹⁰² Corte italiana de casación, sección III de lo penal, orden n.º 28346/2016.

una cuestión prejudicial al TJUE ¹⁰³, preguntando si el juez nacional debía no aplicar las disposiciones nacionales si: (i) no se dispone de una base legal suficientemente clara; (ii) las disposiciones sobre los plazos de prescripción se consideran en Italia como parte de una ley penal material, por lo que están sujetas al principio de legalidad; (iii) ello contraviniese los principios constitucionales y los derechos fundamentales del Estado miembro ¹⁰⁴.

Pueden surgir situaciones controvertidas de carácter similar en otros Estados Miembros donde la prohibición de irretroactividad también cubre los plazos de prescripción (como en España) ¹⁰⁵, o donde el principio de legalidad es aplicable tanto en el Derecho penal sustantivo como en el procesal, como en Polonia y Francia, aun cuando en este último Estado, el principio de legalidad se aplica en el Derecho penal procesal con menos garantías en términos de precisión de la ley y de aplicación no retroactiva de la misma ¹⁰⁶. No se plantean este tipo de problemas en Dinamarca y Alemania, donde el principio de legalidad no cubre los plazos de prescripción, cuya naturaleza se considera procesal y no material.

2.1.2 EL CONCEPTO DE «PENA» (*PENALTY*)

Incluso si se aceptase ampliamente que el alcance del principio de legalidad abarca tanto la infracción (el delito) como la sanción (la pena), aún surgen aspectos críticos con respecto a lo que algunos Estados Miembros consideran que está fuera del alcance del concepto «pena» tal como se concibe por el TEDH y el TJUE.

¹⁰³ Corte constitucional italiana, orden n.º 24/2017.

N. d. T.: En el asunto *M. A. S. y M. B.* (C-42/17), el TJUE habilitó al juez nacional a no aplicar los nuevos plazos de prescripción conformes con la legislación europea si lo contrario desemboca en una vulneración del principio de legalidad: «Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión (...)». (apdo. 61).

¹⁰⁴ El TJUE emitió su decisión el 5 de diciembre de 2017, C-42/17.

¹⁰⁵ Sentencias del Tribunal constitucional español n.º 32/1987 y 117/1987.

¹⁰⁶ El juez de instrucción podrá de oficio, a requerimiento del Ministerio Público o a petición de la parte civil, proceder a efectuar, conforme a la ley, cualquier actuación que le permita apreciar la naturaleza y la importancia de los perjuicios sufridos por la víctima o a recoger informaciones sobre la personalidad de ésta. Artículo 81 de la versión en español del Código procesal penal francés. A partir de esta disposición, la Corte de casación francesa aceptó que se llevasen a cabo varias medidas de investigación incluso no estando previstas en la ley, como intervenciones telefónicas, las cuales fueron seguidas de una condena por el TEDH. Vid. STEDH de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin c. Francia*, n.º 11801/85; STEDH de 31 de mayo de 2005, caso *Vetter c. Francia*, n.º 19359/04.

En lo que se refiere a Alemania, la custodia de seguridad se consideró como una medida de rehabilitación o incapacitación¹⁰⁷, por lo que no está sujeta al principio de legalidad; mientras que cualquier detención preventiva es considerada por el TEDH como una pena. De hecho, se consideró que la aplicación retroactiva de los plazos de la custodia de seguridad en virtud del Derecho penal alemán era contraria al artículo 7 CEDH¹⁰⁸. Del mismo modo, el TEDH consideró que la ley alemana que permite la custodia de seguridad de un delincuente mediante una norma retroactiva, dictada tras haber sido condenado, no es conforme con el artículo 7 (1) CEDH¹⁰⁹.

Las diferentes formas de confiscación previstas en el ordenamiento jurídico italiano han dado lugar a muchas críticas con respecto a su propia naturaleza de «pena» según el artículo 7 del CEDH. En *Varvara*¹¹⁰, el TEDH condenó a Italia por violar el artículo 7 CEDH, ya que consideró que la forma indirecta de confiscación en juego era una sanción penal impuesta al solicitante, a pesar de que el delito había prescrito y su responsabilidad no se había establecido en un veredicto¹¹¹.

Las críticas en el sistema legal italiano también pueden leerse con respecto a las medidas formalmente calificadas como administrativas pero que, de hecho, responden a los requisitos de una «sanción penal» según el CEDH. En algunas sentencias recientes, el Tribunal Constitucional ha impugnado la extensión de algunas de las garantías derivadas del artículo 7 del CEDH a estas medidas. Cabe destacar que el Tribunal de hecho recuerda la jurisprudencia del TEDH sobre el concepto de sanción y los criterios *Engel* para establecer qué medidas gozan de las garantías del artículo 7 del CEDH. Sin embargo, ha considerado que dicho marco legal no siempre es aplicable a las sanciones administrativas, en particular en lo que se refiere a la retroactividad de la ley más favorable¹¹².

¹⁰⁷ También llamada «custodia de seguridad» (*Sicherungsverwahrung*) puede ser ordenada en conjunto a una sentencia de privación de libertad si el individuo ha mostrado cierta peligrosidad social.

¹⁰⁸ STEDH, caso *M. c. Alemania*, n.º 19359/04.

¹⁰⁹ SSTEDH, caso *K. c. Alemania*, n.º 61827, y *G. c. Alemania* n.º 65210/09.

¹¹⁰ Se llevó a cabo un procedimiento penal contra un solicitante de terrenos no legales. El tribunal de apelación interrumpió el procedimiento alegando que el enjuiciamiento del delito prescribió en 2002, pero ordenó la confiscación de los terrenos y edificios; STEDH de 29 de octubre de 2013.

¹¹¹ Vid. la contribución de A. M. MAUGERI en este volumen.

¹¹² Corte constitucional italiana, resolución n.º 193/2016. En su decisión 43/2917, también consideró no aplicables a las sanciones administrativas con carácter punitivo las garantías previstas sobre la suspensión de la ejecución de la pena (y las demás consecuencias que lleva consigo la imposición de una condena) cuando se declara ilegítima la ley que establecía la medida. Finalmente, en su decisión 68/2017, el Tribunal basó su decisión en la presunción de que las sanciones administrativas, incluso cuando cumplan los requisitos del concepto de «sanción» de acuerdo con el TEDH, deben considerarse menos graves que las medidas formalmente calificadas como penales.

Los problemas de cumplimiento con el CEDH también pueden surgir en Dinamarca, donde el principio de irretroactividad no se aplica a otras consecuencias jurídicas distintas a las sanciones penales en sentido estricto: servicios a la comunidad, obligación de seguir un tratamiento, custodias de seguridad y pérdida de derechos (CC, sec. 4) ¹¹³. Si observamos la jurisprudencia del TEDH, algunas de estas consecuencias, como por ejemplo la custodia de seguridad (CC, sec. 70), se considerarían castigos penales.

2.2 Prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho penal e interpretación judicial

A diferencia de lo que ha establecido el TEDH (y el TJUE), surgen críticas respecto al corolario más asentado del principio de legalidad, como el principio de irretroactividad, especialmente en algunos Estados de *Civil law*, donde las interpretaciones judiciales de la ley quedan tradicionalmente al margen del principio al considerarse que cualquier interpretación parte del texto legal. En efecto, siempre depende del juez interpretar la ley de acuerdo con las reglas generales de (interpretación gramatical, sistemática, histórica y teleológica). En otras palabras, en términos generales, a la interpretación judicial solo se le presenta el límite de que no puede ser *contra legem* ¹¹⁴. En consecuencia, una interpretación extensiva o incluso una nueva interpretación en detrimento del delincuente no es en sí misma una infracción del principio de legalidad (como se reconoce a nivel nacional) ¹¹⁵.

De acuerdo con el enfoque del TEDH, es dudoso que cualquier cambio de interpretación judicial de una ley infrinja el artículo 7 del CEDH cuando no fue-

¹¹³ «(1) Cualquier cuestión referente a la imposición de cualquiera/s de las sanciones previstas en los artículos 56-61, 62-79, 73 y 79 por la comisión de un hecho delictivo debe decidirse de conformidad con la legislación vigente en el momento en que el hecho es juzgado. (2) Salvo disposición en contrario, cualquier otra sanción impuesta por el hecho delictivo sólo surtirá efecto cuando estuviera prevista por la legislación vigente en el momento en el que se cometió el hecho. (3) El apartado 2.º del artículo 3 se aplicará, con las modificaciones necesarias, a aquellas sanciones distintas de las penales, siempre y cuando el hecho por el que se impusieron fuera también constitutivo de delito.

¹¹⁴ *BVerfGE* 47, 109 (120); 64, 389 (393); 73, 206 (234); 92 I (12); 105, 135 (157); 126, 170 (197), *BVerfGE* NJW 2015, 364.

¹¹⁵ Por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGHSt 27, 45) interpretó ampliamente el delito de receptación de bienes robados (art. 259 del CCG - Hehlerei) en el que se indicaba que la conducta típica se cumple incluso si la persona actúa independientemente del perpetrador anterior (por ejemplo, el ladrón) y solo participa en la búsqueda de posibles compradores del bien robado. Además, el Tribunal Regional Superior de Hamburgo sostuvo que la «posesión de pornografía infantil (art. 184b (4.1) del CCG) se produce también si un usuario de Internet busca dichos datos en Internet y los datos se guardan automáticamente en la «memoria caché» de su navegador, aunque el usuario no conoce este almacenamiento de datos (OLG Hamburg, NJW 2010, 1893).

se previsible. A pesar de la asentada jurisprudencia del TEDH al respecto, la cual resurgió recientemente por las decisiones de *Del Rio Prada y Contrada*¹¹⁶, el tema sigue siendo muy controvertido en algunos Estados Miembros de *Civil law* y requiere un cambio en la posición de las autoridades públicas lo cual suele llevar algún tiempo para consolidarse.

Este fue el caso en Italia tras la decisión del TEDH en *Contrada*, la cual ha encendido el debate dando lugar a diferentes soluciones en procedimientos relativos a los mismos hechos que en *Contrada* se dilucidaron¹¹⁷. En una decisión del 6 de julio de 2017, el Tribunal Supremo declaró nula la resolución del Tribunal de apelación de Palermo que condenaba a un acusado por el mismo delito que el TEDH había declarado impreciso e imprevisible en el momento de cometerse los hechos en el caso *Contrada*¹¹⁸.

En Alemania, la relevante sentencia de 2010 del Tribunal Constitucional Federal parece inaugurar una nueva tendencia con respecto a la aplicación no retroactiva de nuevas interpretaciones judiciales, al menos cuando se trata de la interpretación de delitos redactados con una terminología general y vaga¹¹⁹. Sin embargo, el Tribunal aún no ha aclarado si la prohibición de la retroactividad también se aplica a un cambio de jurisprudencia asentada (y en caso afirmativo en qué situaciones) y ni tampoco ha vinculado la interpretación innovadora de la ley con un cierto grado de previsibilidad¹²⁰.

¹¹⁶ SSTEDH de 21 de octubre de 2013, n.º 42750/09; de 14 de abril de 2015, n.º 66655/13.

¹¹⁷ La Sección II de lo Penal del Tribunal de Casación (decisión no 18132/2016) declaró la constitucionalidad del delito de «participación externa» (*external participation*) descartando posibles incompatibilidades con el principio de legalidad. Posteriormente, la Sección V de lo Penal (decisión n.º 42996/2016) revocó una sentencia anterior que, tras una decisión del Tribunal Constitucional italiano (n.º 48/2015) y *Contrada*, había declarado que el delito de «participación externa» en una organización mafiosa no estaba previsto por la legislación italiana; por lo tanto, su aplicación violaba el principio de legalidad. Por el contrario, el Tribunal de Casación declaró que la sanción de este delito cumplía perfectamente el principio de legalidad, ya que es el resultado de la combinación entre el artículo 110 del Código penal (que abarca la «participación») y los delitos específicos previstos por la parte especial del Derecho penal (en particular, el artículo 416 bis Código Penal: empresa mafiosa). Por lo tanto, el delito no podía considerarse como un caso de creación judicial de un nuevo tipo de delito. Además, el Tribunal de Justicia ha excluido que la evolución progresiva de la jurisprudencia pueda considerarse una violación del principio de legalidad. Poco después, la Sección I de lo penal (decisión n.º 44193/16) rechazó la aplicación de los principios establecidos en *Contrada* a un caso basado en hechos similares.

¹¹⁸ Corte italiana de casación, I División penal, resolución de 6 de julio de 2017.

¹¹⁹ Reportes de jurisprudencia de la Corte constitucional federal, 2010 BVerfGE 126, 170, 198 ss.

¹²⁰ Es remarkable una excepción importante en el derecho alemán a la prohibición de la aplicación retroactiva del Derecho penal, la *s. c. Radbruchische Formel* (fórmula de Radbruch): cuando las leyes positivas (en particular, los actos lícitos en virtud del derecho alemán oriental) contravienen manifiestamente la idea de justicia, esta última debe prevalecer.

2.3 Claridad y precisión del Derecho penal

Las situaciones críticas con respecto a los requisitos de claridad y precisión de las disposiciones de derecho penal pueden detectarse en la mayoría de los sistemas legales analizados.

En el Reino Unido, una crítica generalizada se dirige especialmente a los delitos del *Common law* (*Common law offences*). Sin embargo, las alegaciones por razones de incerteza en estos delitos rara vez han tenido éxito. Por ejemplo, en el caso *Misra*¹²¹, en relación con el delito de negligencia grave por homicidio involuntario, el Tribunal de Apelación rechazó el argumento relativo al amplio margen de discrecionalidad que tiene el jurado para considerar que la negligencia que provoca un homicidio es tan «grave» que merece una condena penal, declarando que dicho margen «implica un elemento de incertidumbre sobre el resultado del proceso de adopción de decisiones, pero no una incertidumbre inaceptable sobre el delito en sí mismo»¹²². El problema también surgió con respecto al delito de fraude y la «definición de *Ghosh*» de la *mens rea* relevante, refiriéndose al concepto de «falta de honradez» de la representación falsa, dejando un gran margen de discrecionalidad al jurado¹²³.

En Dinamarca, la cuestión de la falta de claridad del delito surgió de la interpretación del delito de información privilegiada¹²⁴. La Ley del Mercado de Valores, cuyo párrafo 36 prohíbe la divulgación de información privilegiada, fue adoptada en transposición de la directiva de la UE y reproduce en parte la redacción de la directiva. Un tribunal de distrito planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para saber cómo debía interpretarse una causa de justificación del delito como es la transmisión de información que realiza un sujeto «en el ejercicio normal de su trabajo, profesión, o cargo»¹²⁵. El TJUE señaló que el comportamiento de los acusados no podía considerarse realizado en el «el ejercicio normal de su trabajo» en el sentido de la directiva a no ser que se cumplieran determinados requisitos¹²⁶. Dado que la redacción era idén-

¹²¹ Misra y Srivastava (2003), EWCA Crim 2375.

¹²² D. ORMEROD & K. LAIRD: *Smith and Hogan's texts, Cases and materials on Criminal law*, 11.º Edition, Oxford University Press, 2014, p. 4.

¹²³ A pesar de concluir que el delito era compatible con el artículo 7 del CEDH y las exigencias de certeza del *Common law*, el *Joint Parliamentary Committee on Human Rights* confirmó que «un delito general de deshonestidad sería incompatible con el principio de legalidad del *Common law*. Por tanto, ello incumpliría el requisito de seguridad jurídica previsto en los artículos 5 y 7 del CEDH por las mismas razones». *Joint Parliamentary Committee on Human Rights*, 14.º Informe (2005-6), en párrafos 2.14.

¹²⁴ Jurisprudencia de la Corte suprema UfH 2009. 2142 H.

¹²⁵ Directiva 89/592/CEE, Artículo 3 punto 1.

¹²⁶ STJUE, de 22 de noviembre de 2005, asunto C384/02, *Knud Grøngaard y Allan Bang*.

tica en la disposición de la ley penal danesa, fueron condenados por divulgación de información privilegiada por el tribunal de distrito y el Tribunal Superior. Sin embargo, el Tribunal Supremo, llegó a otra conclusión: la divulgación de la información se consideró realizada en el ejercicio normal de un cargo, ya que estaba justificada por motivos objetivos. Según el Tribunal Supremo, el acusado tenía que ser puesto en libertad de conformidad con los párrafos 27 a 30 de la decisión del Tribunal de Justicia, que obligan a los jueces nacionales a aplicar el principio de legalidad, asegurándose así de que exista una base legal clara para ejercer el Derecho penal. En este caso, no había una base legal suficientemente clara y, por lo tanto, el Tribunal Supremo tenía que absolver.

Las críticas respecto al requisito de claridad surgieron en la reciente decisión del TEDH en el asunto *Tommaso c. Italia*¹²⁷. El caso se refería a medidas preventivas impuestas durante dos años al solicitante¹²⁸. El Tribunal sostuvo que la Ley n. 1423/1956, el instrumento legal que constituye la base de las medidas preventivas individuales impuestas al Sr. de Tommaso, había cumplido con el requisito de accesibilidad. Sin embargo, determinó que la Ley en cuestión había otorgado a los tribunales una amplia discrecionalidad sin proporcionar una indicación suficientemente clara del alcance o la forma de ejercer dicha discrecionalidad. La imposición de medidas preventivas no había sido lo suficientemente previsible y no había estado acompañada de garantías adecuadas contra los diversos posibles abusos. Por tanto, habiendo sido redactada en términos vagos y excesivamente amplios, la Ley no había cumplido los requisitos de previsibilidad establecidos en la jurisprudencia del Tribunal.

La falta de precisión de las disposiciones de derecho penal es uno de los principales problemas para el sistema polaco. De hecho, hay una tendencia a crear definiciones de delitos de manera abierta, utilizando términos vagos. En ocasiones, cuando se trata de delitos financieros, incluidos lo que afectan a los intereses financieros de la Unión, es difícil establecer el alcance exacto del comportamiento típico, ya que la disposición de la ley penal se remite a disposiciones financieras, a menudo complicadas y confusas.

En Alemania, las leyes en blanco son altamente problemáticas con respecto a los principios de seguridad jurídica y *lex mitior* cuando estas son modificadas y contienen los elementos legales (por ejemplo, un Reglamento UE o CE). En un caso relacionado con los requisitos de etiquetado de carne de

¹²⁷ STEDH de 23 de febrero de 2017, n.º 43395/09.

¹²⁸ Se denunció una violación del artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), el artículo 6.1 (derecho a una audiencia imparcial) y el artículo 13 (derecho a una reparación efectiva) de la Convención y el artículo 2 del protocolo N. 4 (libertad de circulación) de la Convención.

vacuno¹²⁹, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania sostuvo que incluso aun siendo admisible en principio la técnica de las leyes penales en blanco, estas deben establecer claramente qué violaciones contra la legislación de la UE deben ser sancionadas. Las remisiones «dinámicas» en particular, pueden llegar a evitar de algún modo el control democrático sobre la norma penal. Por lo tanto, las leyes penales en blanco son en general admisibles siempre que garanticen la previsibilidad de las consecuencias punitivas¹³⁰.

2.4 Prohibición de analogía

En Dinamarca, la aplicación de disposiciones de Derecho penal por analogía es formalmente posible¹³¹. A pesar del hecho de que los tribunales daneses tienden a ser muy restrictivos (ahora más que antes)¹³², debido a los requisitos derivados del artículo 7 del CEDH, la posibilidad de una aplicación de una disposición penal por analogía sigue siendo el principal problema en este momento, en particular cuando el Derecho penal nacional y la legislación de la UE se entrelazan.

En España, el *fraus legis* –que tiene aplicación en la regulación fiscal– ha planteado algunas preocupaciones en relación con su conformidad con el principio de prohibición analógica. Es dudoso que una elusión fiscal sea sin más constitutiva de delito. En un primer momento el Tribunal Supremo consideraba que el *fraus legis* era un *modus operandi* similar al fraude y por lo tanto una conducta punible¹³³. Sin embargo, luego consideró que esta solución era incompatible con la prohibición de analogía¹³⁴. Este problema es particularmente relevante en el caso de la protección de los intereses financieros de la Unión, en particular con respecto a los subsidios o aranceles aduaneros.

La relevancia penal de la elusión fiscal aún se debate en Italia. A este respecto, el Tribunal de Casación¹³⁵ se pronunció acerca de si el abuso de la legislación fiscal (art. 37 bis del Decreto Presidencial n. 600/1973) podía considerarse delito, de manera similar al delito de evasión fiscal previsto en el ar-

¹²⁹ BVerfGE, BvL 1/15.

¹³⁰ En el caso en juego, se consideró que la ley no cumplía con este requisito y, por consiguiente, se declaró inconstitucional.

¹³¹ Código penal danés, sección 1.

¹³² UfR 1995. 836 H y U 1988.656 H.

¹³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 751/2003.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 120/2005.

¹³⁵ Resolución de la Corte italiana de casación n.º 7739/2012.

título 2 de la Ley n.º 74/2000¹³⁶. La Casación argumentó que la relevancia criminal de la elusión no viola el principio de legalidad, ya que es el resultado de una interpretación predecible de la ley.

2.5 Aplicación retroactiva de una ley más favorable (*lex mitior*)

El principio en virtud del cual se ha de aplicar la ley más favorable se reconoce de manera desigual entre los Estados Miembros de la UE. En España, el principio de *lex mitior* es considerado un efecto del principio de proporcionalidad. El equilibrio o ponderación entre los dos principios (legalidad y proporcionalidad) ha llevado a no aplicar la *lex mitior* en casos de fraude fiscal¹³⁷.

El Derecho penal sustantivo inglés y galés no parece reconocer un principio de *lex mitior* como tal y el asunto no parece haber sido discutido. El principio de *lex mitior* no se aplica a los delitos de la ley escrita (*statute offences*); por el contrario, en lo que respecta a los delitos del *Common law* (*Common law offences*), parece que debería aplicarse el principio de *lex mitior*. Especialmente a la luz de *Scoppola*¹³⁸, la distinción entre *statute law* y *Common law* puede haberse vuelto irrelevante¹³⁹.

¹³⁶ La decisión se refería a la llamada inversión fiscal (*esterovestizione*) de una conocida casa de moda italiana (D&G); se acusó a los distinguidos diseñadores de haber vendido ficticiamente su marca a una empresa con sede en Luxemburgo, por un precio inferior al valor de mercado, obteniendo los beneficios derivados de la explotación de la marca a través de una participación.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo español n.º 182/2014. La Sala, recordando su doctrina manifestada en anteriores sentencias como la STS del 30 de abril de 2003, n.º 539/2003, sostuvo que una reforma fiscal, más favorable para la persona, no se aplica retroactivamente, a las deudas tributarias nacidas en virtud de la ley anterior no se extinguen. Por lo tanto, no es necesaria una nueva evaluación jurídico-penal de conductas anteriormente ilícitas, ya que los cambios normativos en las obligaciones tributarias no implican un cambio en la apreciación de las obligaciones previstas en un reglamento en vigor cuando las circunstancias eran otras. Por consiguiente, no se violó el principio de retroactividad del Derecho penal más favorable.

Esta doctrina con una posición muy extendida en la doctrina española distinguiendo entre cambios legislativos debidos a un cambio de valoración por parte del legislador, donde se aplicaría el principio de retroactividad favorable, y cambios debidos a modificaciones puramente fácticas, en estos supuestos puesto que el legislador en la nueva regulación sigue reprobando los hechos no tendría cabida el principio de retroactividad favorable.

¹³⁸ STEDH, caso *Scoppola c. Italia* (n.º 2)

¹³⁹ A este respecto, el asunto *R. c. Docherty* es de particular interés (R. c. Docherty (2006) UKSC 62). La corte suprema declaró que el juez debe sentenciar de acuerdo con la ley y la práctica vigentes en el momento de la sentencia, independientemente de cuándo se cometió el delito. En efecto, consideró que el TEDH en el caso *Scoppola* no exigía el examen de todas las normas o prácticas entre el delito y el proceso de condena, y condenar posteriormente según la norma que fuera más favorable. Este argumento estaría en línea con la buena razón o con el fundamento de la *lex mitior* o con la práctica inglesa.

Los límites del principio de aplicación retroactiva de la *lex mitior* también se pueden detectar en el sistema italiano. Como se mencionó anteriormente (ver 2.1.2.), se derivan de algunas decisiones recientes del Tribunal Constitucional, que ha negado la aplicación de este principio a medidas calificadas como no penales a nivel nacional, pero que caen en el concepto de «pena» según los criterios *Engel*.

3. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado a lo largo del capítulo ha demostrado la creciente comprensión común sobre el contenido del principio de legalidad. Aún existen fricciones, pero estas deben ser entendidas como ejemplos de un diálogo inacabado entre diferentes actores de un sistema legal multinivel. En consecuencia, solo el fomento del conocimiento mutuo, la conciencia de los puntos en común, y el pleno cumplimiento del núcleo del principio de legalidad y sus *fundamentos*, pueden garantizar la superación de las resistencias nacionales. Todo ello conduciría a una cooperación más fluida en asuntos penales y, en consecuencia, también hacia una protección más efectiva de los bienes jurídicos de la UE.

CAPÍTULO 2

CULPABILIDAD/CULPA

THOMAS ELHOLM

SUMARIO: Sección I. Dimensión europea.–1. Generalidades.–2. Ámbito y contenido del principio de culpabilidad.–2.1 El principio de culpabilidad está reconocido en la Unión Europea.–2.2 Concepto de *mens rea*.–2.2.1 Culpabilidad y *mens rea* como dolo e imprudencia.–2.2.2 Definición autónoma, uniforme y contextual de dolo/imprudencia.–2.2.3 Definición de dolo en el ámbito de las sanciones administrativas.–2.3 Excepciones al principio de culpabilidad en la Unión Europea.–2.4 El CEDH y las excepciones al principio de culpabilidad.–2.4.1 Presunción de culpabilidad y responsabilidad penal objetiva.–2.4.2 Cuando cumplir la ley es difícil (*error iuris*).–3. Cuestiones específicas.–3.1 Introducción.–3.2 Proporcionalidad y principio de culpabilidad.–3.2.1 Los dos tipos de proporcionalidad.–3.2.2 Proporcionalidad prospectiva: la responsabilidad penal objetiva, o la presunción de culpabilidad, es aceptable cuando tiene fines preventivos.–3.2.3 Proporcionalidad retrospectiva: el principio de culpabilidad es relevante para establecer y ponderar la gravedad de la sanción.–Sección II. Dimensión comparada.–1. Introducción.–1.1 Relevancia constitucional del principio de culpabilidad.–2. El *ius commune* por defecto.–2.1 Introducción.–2.2 Definición de dolo e imprudencia.–2.3 Excepciones al principio de culpabilidad.–2.4 La gravedad de la sanción.–2.5 Una categoría general derivada de las tendencias comunes.–3. Tendencias comunes existentes o emergentes.–3.1 La cultura común.–3.2 Argumentos comunes: ética *versus* prevención.–3.3 Un entendimiento común: limitar la gravedad de la sanción.–3.4 Una necesidad común: sancionar a las personas jurídicas.–Sección III. Cuestiones abiertas.–1. Cuestiones generales.–1.1 Introducción.–1.2 El dolo y la negligencia no están definidas en el Derecho de la Unión Europea.–1.3 Cuando el legislador nacional es «demasiado severo».–1.4 Cuando en el Derecho de la Unión Europea se aplica un concepto no reconocido por un Estado miembro.–1.5 Cuando un nacional es tratado de manera diferente a otros ciudadanos europeos.–1.6 ¿Son aplicables las normas nacionales relativas al *error iuris*?–2. Cuestiones no resueltas en el ámbito de la Unión Europea.–3. Problemas derivados de la implementación de la Directiva PIF o del Reglamento sobre la Fiscalía Europea.

Sección I. Dimensión europea

1. GENERALIDADES

Ha sido complejo encontrar una terminología para este capítulo que colmase las expectativas de lectores de muy distintos ordenamientos jurídicos y, por tanto, con una formación jurídica diferente. Si bien desde la perspectiva anglosajona el término «culpa» puede ser adecuado, desde la perspectiva del derecho alemán o continental, el término «culpabilidad» («Schuld») resulta más apropiado. Por ello, se utilizará este último término.

«El principio de culpabilidad» se utiliza de muy distintas formas, con diferentes significados y en diversos contextos¹ y, por ello, se hace necesaria una breve delimitación al principio del capítulo. En ocasiones, el principio de culpabilidad es utilizado en un contexto *procesal* penal, donde se asocia con la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*². Sin embargo, los aspectos procesales de la culpabilidad no son abordados en este capítulo. Por el contrario, aquí se abordarán cuestiones de *Derecho penal sustantivo* y aquellos aspectos de la culpabilidad que se perfilan como requisitos para establecer la responsabilidad penal.

La clásica construcción del ilícito penal, que se aplica en toda la UE, implica tanto un elemento objetivo, la prohibición de una conducta (activa u omisiva) normalmente denominada *actus reus*, y el elemento subjetivo o culpabilidad del sujeto, que suele llamarse *mens rea*. En algunos países, el principio de culpabilidad engloba el *actus reus* y el *mens rea* pero, en otros, el principio de culpabilidad se refiere únicamente a ese elemento subjetivo.

En este capítulo, el principio de culpabilidad se entiende como sinónimo de elemento subjetivo. Es decir, el principio de culpabilidad se refiere a que un cierto grado de *mens rea* debe ser atribuido a la persona acusada para poder ser castigada. Normalmente, esto se traduce en «intención» (dolo) o «negligencia» mientras que una responsabilidad penal objetiva equivale a un castigo sin exigir culpabilidad o culpa (sin intención o negligencia).

¹ Vid. T. ELHOLM, *Skyld og straf i EU*, en D. HELENIUS et al. (eds.): *Festschrift till Dan Frände*, JFT Helsinki 2017, pp. 283-303, en el que se basa parcialmente este capítulo.

² Vid., en el contexto legal europeo, COM (2006) 174, *Green Paper on the Presumption of Innocence*.

2. ÁMBITO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

2.1 El principio de culpabilidad está reconocido en la Unión Europea

Si se busca una definición específica del elemento subjetivo en el marco del principio de culpabilidad, no se encontrará ninguna referencia explícita a este principio en la Carta de la UE ni tampoco en los tratados de la Unión. Sin embargo, parece razonable asumir que el principio de culpabilidad está reconocido en el ámbito de la UE³. Esto se debe –entre otras cosas– al hecho de que la Unión se basa en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros y el principio de culpabilidad es fundamental en muchos de estos Estados.

Aunque no se menciona expresamente en la Carta de la UE o en los tratados de la UE, existen referencias al principio de culpabilidad en algunas sentencias del TJUE. Estas sentencias no están relacionadas con sanciones de carácter penal⁴ pero el reconocimiento del principio se deriva, por ejemplo, del caso *Käserei Champignon Hofmeister*⁵, en el que el TJUE, *inter alia*, se pronunció sobre si una sanción administrativa impuesta en un caso de restitución indebida a la exportación (de productos agrícolas) debía ser entendida como una sanción de carácter penal. En este caso, el TJUE reconoce expresamente el principio de culpabilidad y también –de manera indirecta– el carácter fundamental de este principio en el Derecho penal:

«En la medida en que la sanción prevista en el artículo 11, apartado 1, párrafo primero, letra a), del Reglamento n° 3665/87 sólo puede violar el principio *nulla pena sine culpa* si es de naturaleza penal, debe analizarse si hay que reconocer que dicha disposición es de carácter penal» (par. 35).

De esta afirmación puede inferirse que el principio de culpabilidad es fundamental en el Derecho *penal* pero no a la hora de aplicar otro tipo de sanciones. Así se desprende también del caso *Maizena*⁶ y, más ampliamente, del artículo 5 del Reglamento 2988/95 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. En el ámbito del *derecho de la competencia* de la UE, las sanciones graves (multas) se aplican a entidades que han

³ Vid., igualmente, A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Interesentia, 2012, 2.ed., p. 151 f.

⁴ Vid., como ejemplo de una de las primeras sentencias, STJUE, de 17 de mayo de 1984, C-83/83, *Estel*, ECLI: EU: C:1984:185, par. 39.

⁵ STJUE, de 11 julio de 2002, C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister*, ECLI: EU: C:2002:440.

⁶ STJUE, 18 de septiembre de 1987, C-137/85, *Maizena*, ECLI: EU: C:1987:493, par. 14.

infringido el Derecho de la UE. En ocasiones, estas multas se imponen por la Comisión Europea. De acuerdo al artículo 23(5) del Reglamento 1/2003, estas multas *no son* de naturaleza penal aunque, de acuerdo a este mismo artículo, las multas se imponen cuando las entidades han actuado de manera intencionada o imprudente.

2.2 Concepto de *mens rea*

2.2.1 CULPABILIDAD Y *MENS REA* COMO DOLO E IMPRUDENCIA

Cuando se ha demostrado que un sujeto ha incumplido objetivamente una norma, no basta para poder castigarle por la comisión de un delito. La responsabilidad penal presupone la existencia de culpabilidad, es decir, que a ese sujeto se le debe poder atribuir subjetivamente sus actos (*mens rea*). En términos generales, puede decirse que el *mens rea* consiste en determinar hasta qué punto el infractor percibe (quiere o conoce) cada uno de los elementos del delito en el momento de la comisión (dolo), o si debería haberlos previsto (imprudencia) en el momento de dicha comisión; lo que normalmente no tiene nada que ver con que el sujeto conozca la ilicitud de su comportamiento (vid. *error iuris* más adelante)⁷.

En el Derecho comunitario, no existe una definición de dolo o imprudencia ni en el ámbito del Derecho penal ni en relación con las sanciones administrativas. Sin embargo, varios casos del TJUE permiten comprender mejor cómo la UE aborda el *mens rea*.

El caso *Afrasiabi* (C-72/11) trataba sobre el Reglamento (CE) 423/2007, que prohíbe que cualquier persona en el territorio de la Unión ponga fondos o fuentes económicas a disposición de entidades que contribuyan al desarrollo del Programa nuclear y balístico de Irán. Aunque la definición de intención se contenía en el artículo 7(4) del Reglamento⁸, la base legal para castigar las violaciones del Reglamento era el Derecho penal alemán, de acuerdo con el cual la vulneración de actos de la UE, como los establecidos en el Reglamento 423/2003, eran castigados con una pena de prisión (art. 34 de la Ley alemana sobre comercio exterior). Por tanto, la cuestión relevante en este caso era el requisito derivado de la expresión «consciente y deliberada» establecida en el

⁷ Vid. la contribución de R. SICURELLA en este libro.

⁸ Artículo 7: «Queda prohibida la participación consciente y deliberada en actividades cuyo objeto o efecto directo o indirecto sea la elusión de las medidas mencionadas en los apartados 1, 2 y 3».

Reglamento. El Abogado General (AG), Bot, realizó algunas precisiones interesantes en relación con el *mens rea* al indicar que los términos «consciente» y «deliberada» normalmente hacen referencia a un elemento mental o psicológico de la infracción (*mens rea*). Y, además, añade que «la infracción no se concibe sin este elemento». Por tanto, Bot reitera y subraya la importancia del *mens rea* en el ámbito del Derecho penal. En relación con la configuración del *mens rea* en la UE, en primer lugar, subraya la aproximación autónoma y armonizada del Derecho comunitario pero también hace referencia a los principios generales del Derecho penal.

«Los términos “deliberada” y “consciente” deben ser interpretados de forma autónoma y conforme en toda la Unión y su significado debe buscarse [...] teniendo en cuenta el principio de autonomía del Derecho penal y sus principios generales. La teoría penal clásica distingue entre dos grandes tipos de delitos, a saber, el delito doloso que, en su sentido estricto, consiste en que el autor busca la finalidad que expresamente prohíbe la ley, y el delito culposo o negligente» (pars. 81 y 86).

Con ello, se combina la «interpretación autónoma» con la «teoría penal clásica». Bot concluye que los términos «deliberada» y «consciente» del Reglamento «deben interpretarse en el sentido de que hacen referencia a cualquier persona que disfruta de conciencia y voluntad libres, requisitos consustanciales a toda responsabilidad penal, que actúa, por un lado, de forma intencionada con objeto de infringir las prohibiciones estipuladas [...] y, por otro lado, mediando culpa o negligencia cuando tenía motivos fundados para sospechar que sus actos vulnerarían dichas prohibiciones».

2.2.2 DEFINICIÓN AUTÓNOMA, UNIFORME Y CONTEXTUAL DE DOLO/IMPRUDENCIA

El TJUE adopta una posición ligeramente diferente y, por tanto, no se sitúa en la línea del AG. El Tribunal también realiza una interpretación autónoma teniendo especialmente en cuenta la redacción y el contexto de la expresión «consciente y deliberada»:

«los términos “consciente” y “deliberada” implican dos elementos acumulativos de conocimiento y de voluntad, que concurren cuando la persona que participa en una actividad que tiene el objeto o efecto citado persigue deliberadamente éste, o al menos prevé que su participación puede tener ese objeto o efecto y acepta tal posibilidad» (par. 68).

Por tanto, el TJUE establece una definición autónoma y contextual de «consciente y deliberada» pero esta definición se corresponde con el concepto de intención de algunos Estados Miembros, en los que la intención no sólo implica actos deliberados (dolo de primer grado) sino también actos cometidos en situaciones en los que se acepta la posibilidad de producción de un determinado resultado (dolo eventual). En este sentido, de manera similar en el caso *Rinkau* se indica⁹:

«Por más que el concepto de infracción involuntaria no haya sido definido en el Convenio, procede sin embargo, para asegurar en la medida de lo posible la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que se derivan del Convenio [...], considerarlo como un concepto autónomo que procede precisar refiriéndose por una parte a los objetivos y al sistema del Convenio y, por otra, a los principios generales de todos los sistemas jurídicos nacionales» (par. 11).

La última frase de este párrafo indica que el TJUE –como el AG en el caso *Afrasiabi*– no sólo está demandando una definición autónoma, uniforme y contextual de dolo y negligencia en el ámbito del Derecho de la UE sino que también se está prestando atención a la tradición del Derecho penal en los Estados Miembros.

2.2.3 DEFINICIÓN DE DOLO EN EL ÁMBITO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Existe un conjunto de reglamentos comunitarios en los que se han incorporado diversas disposiciones, principalmente relacionadas con las ayudas a la agricultura, sobre las sanciones administrativas aplicables directamente por los Estados Miembros en casos de fraude a la UE. Entre ellos, ha de destacarse el Reglamento núm. 2988/95¹⁰, que establece los principios generales y requisitos de las sanciones administrativas. Las sanciones administrativas son muy similares a las sanciones penales, incluso en el sentido del artículo 6 del CEDH, pero conforme al Derecho de la UE, *no son sanciones penales*, por lo que las reglas y principios desarrollados en el ámbito del sistema de las sanciones administrativas no puede ser trasladado de manera automática a las sanciones penales, y *viceversa*¹¹.

⁹ STJUE, 26 May 1981, C-157/81, *Rinkau*, ECLI: EU: C:1981:120.

¹⁰ Reglamento n.º 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

¹¹ Vid. sentencia en el caso *Käserer Champignon Hofmeister*, especialmente par. 35, pero también, por ejemplo, los pars. 77 y 79, en los que se indica que el término «fuerza mayor» tiene un significado

Sin embargo, el hecho de que las reglas y principios de las sanciones administrativas no sean trasladables de manera automática a las sanciones penales no significa necesariamente que aquéllas sean totalmente irrelevantes en este ámbito. Al contrario, algunas de las características de las sanciones administrativas resultan de interés con relación al principio de culpabilidad. En concreto, el artículo 2(3) del Reglamento 2988/95 establece:

«Las disposiciones del Derecho comunitario determinarán la naturaleza y el alcance de las medidas y sanciones administrativas necesarias para la correcta aplicación de la normativa de que se trate en función de la naturaleza y gravedad de la irregularidad, del beneficio concedido o de la ventaja obtenida y del grado de responsabilidad».

La referencia al «grado de responsabilidad» pone de manifiesto la relevancia de la culpabilidad y, en consecuencia, son muchos los reglamentos en los que las sanciones administrativas se modulan de acuerdo con el grado de culpabilidad (*mens rea*). Por ello, las infracciones intencionadas del Derecho de la UE conllevan sanciones significativamente más graves que las infracciones imprudentes u otro tipo de infracciones¹². De hecho, las sanciones administrativas se aplican teniendo en cuenta posibles casos de «fuerza mayor» y otras posibles circunstancias de exención de responsabilidad. De esta manera, tal y como se expresa en el preámbulo de uno de los reglamentos más relevantes relativo a las restituciones por la exportación:

«Para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de las restituciones por exportación, deben aplicarse sanciones sea cual fuere el aspecto subjetivo de la falta. Conviene renunciar, sin embargo, a la aplicación de sanciones en determinados supuestos, sobre todo en caso de error manifiesto reconocido por la autoridad competente, y prever sanciones más severas en los casos en los que se hubiere cometido deliberadamente una infracción. Estas medidas son necesarias, y deben ser proporcionadas, suficientemente disuasorias y se aplicarán con uniformidad [...]»¹³.

Con ello, este Reglamento refleja la idea de la proporcionalidad entre el grado de *mens rea* (intención/negligencia) y la gravedad de las sanciones aplicadas. En este sentido, el TJUE utiliza precisamente la diferencia entre infrac-

distinto en el sistema de las sanciones administrativas previstas para el ámbito de la agricultura. Vid., igualmente, el inciso noveno del preámbulo del Reglamento 2988/95.

¹² Vid. P. ASP *et al.*, *A Manifesto on European Criminal Policy, European Criminal Policy Initiative*, ZIS, 2009, p. 707. Vid. también STJUE, de 28 de octubre de 2010, C-367/09, *Belgisch I*, ECLI: EU: C:2010:648.

¹³ Inciso 56 del preámbulo del Reglamento 612/2009 de la Comisión, de 7 de julio de 2009, por el que se establecen disposiciones comunes de aplicación del régimen de restituciones por exportación de productos agrícolas. Vid., igualmente, artículo 48 de este Reglamento.

ciones dolosas y no intencionadas para indicar que las sanciones administrativas son compatibles con el principio de proporcionalidad. Es más, el hecho de que la fuerza mayor permita eximir una conducta en el sistema de sanciones administrativas legitima el sistema conforme a la jurisprudencia del TJUE, como ocurre –por ejemplo– en la sentencia del caso *Käserei Champignon Hofmeister*:

«Por último, el carácter proporcionado de la sanción se desprende, en primer lugar, de la distinción que se hace en el artículo 11 del Reglamento n° 3665/87 entre las irregularidades intencionadas y las que no lo son, de los numerosos supuestos previstos en dicho artículo en los que no es aplicable la sanción, como por ejemplo el de fuerza mayor y, por último, de la relación establecida entre el importe de la sanción y el importe del perjuicio que habría sufrido el presupuesto comunitario [...]» (par. 67).

En la medida en que el sistema de sanciones administrativas se basa en el principio de culpabilidad al aplicar las sanciones más graves para casos de infracciones intencionadas del Derecho comunitario, sería lógico trasladar este principio al ámbito de las sanciones penales. Si las sanciones administrativas deben ser moduladas de esta forma, también deberían serlo las penales –lo que parece todavía más ineludible, ya que esa modulación es más necesaria cuando se trata de sanciones penales. En primer lugar, esto se debe al hecho de que, en general, las sanciones penales son más graves y siempre reflejan el rechazo ético y social a un determinado comportamiento. Y, en segundo lugar, por razones de carácter preventivo, ya que esta estructura debe ser igualmente sólida en el caso de las sanciones penales y administrativas¹⁴.

Finalmente, ha de indicarse una última cuestión en conexión con las sanciones administrativas. El TJUE ha dictado algunas sentencias en relación con la conceptualización del término de intención que se asemeja al concepto de dolo en el ámbito del Derecho penal. En la sentencia del caso *Van der Ham* (C-396/12, par. 30-37), el término «incumplimiento no intencionado» se interpreta de manera similar al concepto de intención en Derecho penal puesto que no sólo los actos deliberados son intencionados sino que también lo son aquellas situaciones en las que el sujeto acepta la posibilidad de infringir la legalidad.

¹⁴ En contraste, los derechos humanos y valores fundamentales del Rechtsstaat (incluyendo la jurisprudencia del TEDH) no permitiría transferir los principios y normas del ámbito administrativo al Derecho penal *si esto fuera perjudicial para el sujeto* (si disminuyera la seguridad jurídica). Vid. la contribución de A. LUCIFORA en este libro.

2.3 Excepciones al principio de culpabilidad en la Unión Europea

El TJUE ha aceptado la responsabilidad penal objetiva en el caso de infracciones del Derecho de la UE. La razón fundamental es que la responsabilidad objetiva es entendida –tanto por los Estados como por el propio Tribunal– como eficaz y disuasoria en determinadas circunstancias. Castigar a sujetos que poseen una fuerte influencia emocional o económica sobre otros (por ejemplo, un padre, un empresario, un cónyuge, etc.) podría llegar a tener efecto disuasorio en relación con algunos delitos. Por ello, no se prohíbe que pueda ser socialmente útil el castigar a alguien por un hecho cometido por otra persona.

Esta situación es especialmente relevante cuando se trata de infracciones cometidas en beneficio de las personas jurídicas. En este punto, la referencia es la sentencia del TJUE en el caso *Hansen & Son*¹⁵ en el que se acusaba a una pequeña compañía de transporte danesa. La acusación se formuló porque uno de los conductores de la compañía había vulnerado las normas de la UE relativas a las horas de conducción y periodos de pausa y descanso. Sobre la base de la norma danesa que implementaba la normativa de la UE, la compañía – como empleadora del conductor y como persona jurídica – fue condenada a una pena de multa sin que la conducta fuera atribuida a Hansen & Son como intencionada o imprudente, sino únicamente por el hecho de que el conductor había vulnerado la normativa. El TJUE determinó que la responsabilidad penal objetiva no era contraria al Derecho de la UE, subrayando la importancia de lo que estaba en juego:

«[...] un régimen de responsabilidad penal objetiva puede incitar al empresario a organizar el trabajo de sus empleados de manera que se garantice el respeto del Reglamento y que, por otra, la seguridad en carretera [...] reviste un interés general que puede justificar la imposición de una multa al empresario por las infracciones cometidas por su empleado y un sistema de responsabilidad penal objetiva. La imposición de tal multa [...] no es, por tanto, desproporcionada en relación con el fin perseguido» (par. 19).

Con ello, se plantea si el principio de culpabilidad tiene el mismo significado para las personas físicas que para las personas jurídicas. A este respecto, el AG, en su opinión en el caso *Aalborg Portland*, respaldó la aplicación del principio de culpabilidad a las personas jurídicas –y, por tanto, solicitó que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia fuera anulada– aunque con una puntualización (el TJUE no adoptó ninguna posición sobre esta cuestión):

¹⁵ STJUE, 10 July 1990, C-326/88, *Hansen & Son*, ECLI: EU: C:1990:291.

«Aunque, tratándose de personas jurídicas, su aplicación tiene que ser modulada, no hay nada que autorice a suprimir el elemento subjetivo de la culpa, que sufre, no obstante, un proceso de objetivación.» (par. 65).

En el ámbito del Derecho de la competencia de la UE, el TJUE ha admitido que un comportamiento anticompetitivo pueda ser atribuido a un tercero en determinadas circunstancias ¹⁶.

2.4 El CEDH y las excepciones al principio de culpabilidad

Tal y como establece el artículo 6 del Tratado de la UE, los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por tanto, la jurisprudencia del TEDH es de interés a la hora de comprender los requisitos que se derivan del principio de culpabilidad. Por ello, a continuación, se analizarán algunos de los casos examinados por el TEDH con relación a este principio. En la medida en que el TEDH configura los estándares mínimos aplicables a la protección de los derechos fundamentales, su jurisprudencia será especialmente relevante respecto a las *excepciones* al principio de culpabilidad.

2.4.1 PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA

Conforme a la jurisprudencia del TEDH, la presunción de culpabilidad no constituye *per se* una violación del CEDH. El ejemplo que más suele utilizarse es el caso *Salabaku* ¹⁷, que mostraba cómo, según la ley francesa, era posible castigar el contrabando de bienes sin necesidad de probar la intención o la negligencia del sujeto cuando éste era detenido en posesión de los bienes ilícitos. Sin embargo, el acusado podía desvirtuar la presunción de culpabilidad y no ser castigado si era capaz de demostrar que había existido fuerza mayor. El TEDH determinó que una condena basada únicamente en hechos objetivos sin exigir dolo o imprudencia era frecuente en algunos países y no constituía una violación del artículo 6.2 del CEDH, siempre y cuando esta presunción se mantuviese dentro de unos límites razonables en los que se ten-

¹⁶ Vid. STJUE, 21 February 1973, C-6/72, *Europemballage*, ECLI: EU: C:1973:22, par. 15, y STJUE, 28 de junio de 2005, *joined cases C-189/02 P (et al.), Dansk Rørindustri*, ECLI: EU: C:2005:408, par. 117.

¹⁷ STEDH, 7 October 1988, *Salabiaku*.

ga en cuenta la importancia de lo que está en juego y la salvaguarda de los derechos de defensa (paras. 27-28). El TEDH contempla dos tipos diferentes de responsabilidad objetiva: la primera, «una responsabilidad puramente estricta» que no requiere intención o negligencia, y la segunda, «un tipo de responsabilidad objetiva» que opera en base a una presunción (de *mens rea*) y que puede ser desvirtuada por el acusado¹⁸. De acuerdo con el TEDH, los países pueden –en principio– utilizar ambos tipos de responsabilidad objetiva pero sólo «bajo determinadas condiciones» (primer tipo de responsabilidad objetiva) o «dentro de determinados límites o con límites razonables» (segundo tipo)¹⁹.

En el caso *Varvara*²⁰, el demandante se había beneficiado de la decisión de no perseguir su conducta sobre la base de que el desarrollo urbanístico ilícito había prescrito pero se le había condenado por un delito a la confiscación de los edificios y parcelas de terreno incluidas en el plan de desarrollo impugnado. El TEDH tuvo que examinar si la aplicación de esta pena era compatible con el artículo 7 del CEDH, e indicó:

«En particular, y de nuevo en principio, los Estados Contratantes pueden, bajo determinadas condiciones, penalizar como tal un hecho simple u objetivo con independencia de que éste sea el resultado de una intención o negligencia de carácter penal. Ejemplos de esta clase de ilícitos pueden encontrarse en los derechos de los Estados Contratantes [...] El artículo 7 del Convenio no requiere expresamente ningún nexo “psicológico”, “intelectual” o “moral” entre el elemento sustantivo del delito y la persona que se considera que lo ha cometido. De hecho, el Tribunal ha establecido recientemente que no existía una violación del artículo 7 en el caso de que una multa hubiera sido impuesta a la parte demandante que hubiera cometido un ilícito sin intención o imprudencia por su parte» (par. 70).

¹⁸ Vid., igualmente, P. Asp, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholm, Iustus, 2012, p. 183.

¹⁹ Sobre estas condiciones, vid. § 3 más abajo. Hasta el momento, todas las sentencias del TEDH parecen hacer referencia al segundo tipo de responsabilidad objetiva (que permite desvirtuar la presunción de culpabilidad). Además del caso *Salabiaku*, vid., igualmente, STEDH, 25 de septiembre de 1992, *Pham Hoang* (relativo a posesión de drogas, en el que el TEDH establece, en su par. 34, que Pham había tenido la posibilidad de defenderse porque podría haber demostrado que «actuó por necesidad o como resultado de un error invencible»). Vid. STEDH, de 23 de julio de 2002, *Janosevic* (sobre la declaración de información falsa a las autoridades fiscales), en la que el Tribunal establece, en su par. 102, que *Janosevic* «podía haber declarado, como línea alternativa de defensa, que incluso habiéndose probado que aportó información incorrecta a la autoridad fiscal, fue en circunstancias que le excusaban o que, en cualquier caso, la imposición de intereses era manifiestamente desproporcionada». Vid., igualmente, STEDH, de 30 de marzo de 2004, *Radio France*, especialmente par. 24 (también relacionado con la cuestión de la presunción de culpabilidad, que –conforme al TEDH– podía haber sido desvirtuada por el acusado).

²⁰ STEDH, de 24 de marzo de 2014, *Varvara*.

Por tanto, el TEDH no excluye la responsabilidad penal objetiva aunque subraya la importancia de que este tipo de responsabilidad tenga una finalidad: «El fin de la «pena» y del «castigo» y el concepto «culpable» [...] respaldan una interpretación del artículo 7 en el sentido de exigir, a la hora de aplicar un castigo, una prueba de responsabilidad por parte de los tribunales nacionales que permita la atribución del ilícito y la imposición de su pena al infractor. En caso contrario, el castigo carecería de sentido (ver *SudFondi y otros*, arriba citado, §116)» (par. 71).

2.4.2 CUANDO CUMPLIR LA LEY ES DIFÍCIL (*ERROR IURIS*)

Los ordenamientos jurídicos de los países de la UE están familiarizados con varios errores excusables. Aunque la categorización del error puede presentar variaciones en cada sistema, existe una característica común para este tipo de errores: la persona no puede ser castigada porque no es culpable. En general, la ignorancia de la norma no excluye la responsabilidad –algo que también reconoce el TJUE²¹– pero cabe hablar de exoneración en dos situaciones: primero, cuando el *error iuris* se debe a que la norma no es clara o comprensible, y, segundo, cuando el *error iuris* se explica por un erróneo asesoramiento por parte de las autoridades públicas. Ambas situaciones se explican brevemente más adelante. Para ilustrar esta problemática, se utiliza la jurisprudencia del TEDH porque, en este ámbito, su jurisprudencia está más desarrollada que la del TJUE. Sin embargo, en la medida en que la UE se adhiere y respeta el CEDH, los requisitos que se derivan del Convenio se pueden trasladar a las situaciones que surgen en el Derecho de la UE.

Una interpretación errónea y excusable de la norma era el asunto que se trataba en la sentencia del TEDH de 20 de enero de 2009 relativa al caso *SudFondi Srl*²². Tres compañías acordaron con el ayuntamiento desarrollar un proyecto urbanístico y comenzaron a construir en el terreno de su propiedad. La Corte de Casación determinó que el proyecto urbanístico era ilegal pero absolvió a los acusados al entender que no podían ser hallados culpables ni por imprudencia ni por dolo, ya que la comisión del hecho había sido el resultado de un «error excusable e inevitable» a la hora de interpretar una normativa regional «vaga y pobremente redactada» y que, además, interfería

²¹ Vid. STJUE, de 12 de julio de 2001, C-262/99, *Louloudakis*, ECLI: EU: C:2001:407, par. 73.

²² La sentencia está disponible en francés e italiano. El resumen de los hechos y el fallo está basado en el resumen proporcionado por el TEDH.

con la normativa nacional. La Corte también tuvo en cuenta la conducta de las autoridades administrativas, en concreto, el que en el momento de la concesión de la licencia de construcción, las empresas recibieron determinadas garantías por parte del director de la oficina municipal, de que las normas que protegían el suelo no se reflejaban en el plan de desarrollo y que la autoridad nacional competente no había intervenido. No obstante, la orden de confiscación se mantuvo.

El TEDH determinó que la regulación del delito no satisfacía los criterios de claridad, accesibilidad y previsibilidad, que había sido imposible prever que se podría imponer una pena²³. En este sentido, conforme a la finalidad del artículo 7, un marco jurídico que no posibilitaba conocer el significado y el ámbito de aplicación de la norma penal era inadecuado no sólo en relación con las condiciones generales relativas a la «calidad» de la «norma» sino también en relación con los requisitos específicos de la legalidad en el ámbito penal. En consecuencia, la confiscación de propiedades no se preveía por la ley dentro de la finalidad del artículo 7 y, por tanto, constituía una pena arbitraria. El fallo fue unánime.

Si se revisa la sentencia con detenimiento, se puede observar que la conclusión a la que llega el TEDH está basada en la asunción de que el término «culpabilidad» en el artículo 7 del CEDH debe incluir un elemento subjetivo de conocimiento y voluntad, y debe, además, ser atribuido a la persona para poder castigarlo:

«[...] el artículo 7 del Convenio no menciona expresamente el nexo mental entre el elemento material de la infracción y la persona considerada autor. Sin embargo, la lógica de la pena y del castigo así como el término de [...] «persona culpable» [...] se sitúan en la línea de una interpretación del artículo 7 que exige, para castigar, un nexo de naturaleza intelectual (conocimiento y voluntad) que permita identificar un elemento de responsabilidad en la conducta del autor material de la infracción. En su defecto, la pena no estará justificada» (par. 116).

Cabe preguntarse cómo debe interpretarse esta sentencia respecto a la jurisprudencia anteriormente mencionada, en virtud de la cual la responsabilidad penal objetiva no es *per se* incompatible con el Derecho de la UE o con el CEDH. La respuesta puede encontrarse en la última parte del párrafo 116: «que no se esté en condiciones de conocer la norma penal». El TEDH hace referencia a la Corte de Casación italiana, según la cual el error fue «invencible» debido a la vaguedad y mala redacción de la norma (pars. 117-118 de la

²³ Vid., igualmente, la contribución de R. SICURELLA en este libro.

sentencia). Por tanto, el caso presenta una serie de características específicas: primero, porque la Corte italiana indica de manera clara que el error es «inven-cible», y, segundo, porque las autoridades públicas competentes no fueron de ayuda al acusado, sino al contrario (las empresas se reunieron con personal de la autoridad local y, además, las autoridades nacionales no les apercibieron o intentaron disuadirles en ningún momento). No obstante, ha de extraerse la siguiente lección: si al ciudadano le resulta imposible comprender el significa-do de lo que permite o prohíbe una norma y (por tanto) la redacción del delito no satisface los criterios de claridad, accesibilidad y previsibilidad²⁴, no existe base legal para imponer una sanción.

3. CUESTIONES ESPECÍFICAS

3.1 Introducción

Tomando como referencia la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, es evidente que ni el Derecho de la UE ni el CEDH impiden que los derechos internos prevean excepciones al principio de culpabilidad, por ejemplo, esta-bleciendo una presunción de culpabilidad o previendo la responsabilidad penal objetiva, que únicamente puede ser utilizada dentro de unos límites razona-bles. Sin embargo, no existe prácticamente ninguna disposición clara o razón dogmática que expliquen en detalle el contenido de estos «límites razonables», por lo que es necesario un análisis caso por caso en el que los hechos especí-ficos del supuesto sean valorados adecuadamente.

Sin embargo, dos condiciones o criterios son claramente esenciales de acuerdo con el TEDH y al TJUE, tal y como se pone de manifiesto por las dos afirmaciones contenidas en la jurisprudencia mencionada anteriormente: pri-mero, la importancia del bien jurídico protegido (lo que la responsabilidad objetiva pretende proteger), y, segundo, la posibilidad de una defensa razona-ble (una presunción de culpabilidad que admita prueba en contrario).

Aunque el Derecho de la UE está adaptado al CEDH, incluyendo la inter-pretación que se realiza del Convenio a través de la jurisprudencia del TEDH – y, por tanto, las dos condiciones mencionadas anteriormente también se apli-can en el ámbito del Derecho de la UE –, el TJUE parece abordar esta cuestión de una manera ligeramente distinta (más amplia) al tener en cuenta la *propor-*

²⁴ Vid., igualmente, la contribución de R. SICURELLA en este libro.

cionalidad de la medida en sentido amplio. Esta conceptualización se analiza más detenidamente a continuación.

3.2 Proporcionalidad y principio de culpabilidad

3.2.1 LOS DOS TIPOS DE PROPORCIONALIDAD

La estrecha relación entre el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad en la UE²⁵ ha sido identificada, por ejemplo, por Joachim Vogel²⁶, que ha señalado que el TJUE estaría dispuesto a aceptar la derogación del principio de culpabilidad y aceptar el uso de la responsabilidad penal objetiva pero sólo bajo determinadas circunstancias relacionadas con la prevención del delito. Si se tiene en cuenta el razonamiento de este Tribunal en el caso de referencia *Hansen & Son*, parece que la afirmación de Vogel es correcta: el efecto disuasorio de las sanciones es crucial para el TJUE, tal y como se indica más adelante.

Petter Asp, que ha estudiado la cuestión de la proporcionalidad en el ámbito de la UE en profundidad, divide el principio de proporcionalidad en un principio a futuro (prospectivo) y otro con miras al pasado (retrospectivo). En el primer caso, el énfasis recae sobre la *prevención del ilícito y el efecto disuasorio de las sanciones*, mientras que el segundo se centra en la relación entre *la severidad de la sanción y la gravedad del ilícito*²⁷. Esta distinción realizada por Asp es ilustrativa y se utiliza a continuación.

3.2.2 PROPORCIONALIDAD PROSPECTIVA: LA RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA, O LA PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD, ES ACEPTABLE CUANDO TIENE FINES PREVENTIVOS

Las excepciones al principio de culpabilidad solo están legitimadas –según el TJUE– si se satisfacen los requisitos del principio de proporcionalidad, que, en este caso, se centra en la *prevención del ilícito*. La necesidad de prevenir un ilícito se hace depender del bien jurídico protegido, o –en palabras del TEDH– de su relevancia. En la sentencia de 27 de febrero de 1997 en el caso

²⁵ Vid., igualmente, la contribución de A. NIETO MARTÍN en este libro.

²⁶ J. VOGEL en U. SIEBER *et al.* (ed.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden Nomos, 2011, p. 158.

²⁷ Vid. en el contexto del Derecho de la UE, especialmente, P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, pp. 188 ss.

C-177/95 *Ebony Maritime*, el TJUE determinó que una confiscación basada en una responsabilidad objetiva (sin exigirse el *mens rea*) no constituía una violación del Derecho de la UE. El valor financiero de lo confiscado fue, en este caso, muy considerable, en concreto, el cargamento de un barco. Sin embargo, el valor financiero fue ponderado en relación con la importancia del bien jurídico protegido, generar una guerra y, en última instancia, causar una masiva violación de derechos humanos. Por tanto, la confiscación fundamentada en una responsabilidad objetiva no es en sí misma incompatible con el Derecho de la UE pero el tribunal nacional debe tener en cuenta la relevancia de la finalidad por la que aquélla se aplica:

«Al realizar dicha apreciación, el órgano jurisdiccional nacional deberá tener en cuenta, en particular, que el objetivo del Reglamento, que consiste en poner término al estado de guerra en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario en la República de Bosnia-Herzegovina, tiene carácter de objetivo de interés general fundamental para la Comunidad internacional [...]» (par. 38).

En este sentido, el TJUE no se pronunció explícitamente sobre si la confiscación era o no una sanción penal. No obstante, el Tribunal entendió que era relevante subrayar que un sistema de responsabilidad penal estricta no es incompatible con el Derecho de la UE e hizo referencia al caso *Hansen & Son*, que indudablemente trata sobre una sanción de carácter penal.

La finalidad de la prevención del ilícito también aparece en el caso *Hansen & Son*. El TJUE indica que «un régimen de responsabilidad penal objetiva puede incitar al empresario a organizar el trabajo de sus empleados de manera que se garantice el respeto del Reglamento» (par. 19). Con la sentencia de este caso, el TJUE respalda la opinión del AG, que analiza más en profundidad esta cuestión. En el procedimiento, *Hansen & Son* argumentan que la responsabilidad penal sin intención o negligencia era contraria al principio «*nulla poena sine culpa*» (AG propuesta, par. 11) pero el AG fundamenta la responsabilidad de esta empresa de la siguiente manera:

«[...] en el sistema danés el empresario no puede, en modo alguno, evitar la sanción desde el momento en que se demuestra que uno de sus empleados ha infringido las normas del Reglamento y que el viaje ha tenido lugar principalmente en su interés. No es necesario que se demuestre su culpa (dolo o negligencia): el mero hecho de que su empleado haya cometido una infracción permite, de algún modo, inferir una presunción inatacable (en otras palabras, una ficción jurídica) de que el empresario ha incurrido en negligencia en el control de sus empleados y/o en la aplicación de una política activa de prevención» (AG, par. 12).

Como señala el AG, aunque la responsabilidad objetiva no plantea ningún problema constitucional en Dinamarca, se adoptó este sistema para implementar las normas de la UE, lo que implica que los Estados Miembros tienen el deber de cumplir con los principios de la Unión, incluyendo las tradiciones constitucionales comunes de los Estados. Así, concluye:

«[...] cuatro Estados Miembros admiten que un empresario o una empresa pueda, en ámbitos concretos como la protección del medio ambiente, del entorno laboral y del consumidor, ser declarado responsable criminalmente de las infracciones cometidas por sus empleados o dependientes en el marco de la actividad profesional del empresario, aunque no puedan imputársele dichas infracciones personalmente. Estos Estados consideran que este principio está justificado, entre otras cosas, por la necesidad de una protección eficaz del interés general en un ámbito concreto, por el hecho de que facilita la sanción de determinada normativa (sobre todo en el caso de infracciones cuyo «verdadero» autor no puede ser identificado o no puede serlo fácilmente), por el hecho de que favorece una política activa de prevención». (Conclusiones del AG, par. 13)

Con ello, el AG consideró que las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros no revelaban una prohibición *absoluta* de la responsabilidad penal objetiva, y añadió que «Una misma aproximación matizada se desprende de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de derechos humanos al apartado 2 del artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos» (Conclusiones del AG, par. 14). En el enfoque adoptado por el TEDH –el de los «límites razonables»– el AG aprecia la misma línea de razonamiento que la utilizada por el TJUE con relación al principio de proporcionalidad y, por tanto, analiza si la norma en cuestión cumple con el principio de proporcionalidad para finalmente concluir que un sistema de responsabilidad penal objetiva puede superar el test de proporcionalidad si:

«[...] se pone de manifiesto que ha de permitir la realización de intereses importantes, tales como el favorecimiento de la seguridad en carretera y la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores, y que las penas impuestas en virtud de tal normativa no son excesivas. Los intereses protegidos por esta normativa son a menudo de carácter «general» en el sentido de que la infracción de la norma no causa necesariamente un daño a personas concretas (lo que, de hecho, reduce fuertemente los riesgos de persecución y sanción) e incluso puede, por el contrario, proporcionar una ventaja económica al empresario. En tales circunstancias, el interés que para el Estado miembro tiene el hecho de proteger penalmente estos intereses, sin exigir que exista culpa o imputación puede prevalecer sobre el derecho fundamental del empresario o de la empresa de no ser sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados personalmente. Evidentemente

corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar dicha apreciación a la vista de la legislación danesa afectada». (Par. 15).

En definitiva, además de utilizar los dos criterios anteriormente mencionados (la importancia del bien jurídico protegido), el AG precisó otros tres criterios: primero, las dificultades de carácter práctico en relación con la detección del ilícito y la prueba de la culpabilidad; segundo, la posibilidad de que exista un beneficio económico para la persona que es condenada, y, tercero, las sanciones excesivamente graves. Estos criterios pueden observarse parcialmente también en la jurisprudencia del TJUE²⁸.

3.2.3 PROPORCIONALIDAD RETROSPECTIVA: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD ES RELEVANTE PARA ESTABLECER Y PONDERAR LA GRAVEDAD DE LA SANCIÓN

El artículo 49.3 de la Carta de la UE establece que «La intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción», lo que, a primera vista, parece indicar que esta disposición excluye ciertas sanciones (las excesivamente graves). Sin embargo, este artículo parece indicar algo más.

Este artículo pretende proteger, y se interpreta, a la luz de los valores fundamentales del Estado de Derecho, en este contexto, los mismos valores fundamentales inherentes al principio de culpabilidad, en concreto, la dignidad humana y la protección de los ciudadanos contra un castigo excesivo²⁹. Por ello, Eser entiende que el artículo 49.3 tiene implicaciones para el operador jurídico nacional que implementa el Derecho de la UE. A la hora de determinar si la severidad de la sanción es desproporcionada al delito, este operador jurídico debe tener en cuenta tanto el elemento objetivo (*actus reus*) como el subjetivo (*mens rea*) para asegurarse de que la pena no es desproporcionada de conformidad a ambos elementos³⁰.

En el caso *Käserei Champignon Hofmeister*, el Bundesfinanzhofs indicó que «el objetivo de una sanción penal consiste en reprimir determinados comportamientos reprobables ético-socialmente. Tal sanción presupone una culpabilidad subjetiva y, en general, su grado de severidad viene determinado por el

²⁸ En el caso *Käserei Champignon Hofmeister*, el TJUE concluye que es legítimo aplicar sanciones administrativas –más o menos– sobre la base de una responsabilidad objetiva en conexión con el bajo riesgo de detección y las dificultades relativas a la prueba de la intención del sujeto.

²⁹ A. ESER, en J. MEYER (ed.), *Charter der Grundrechte der Europäischen Union*, 4.ª ed., Baden-Baden Nomos, 2014, pp. 690 y 701 y s..

³⁰ A. ESER, *Charter der Grundrechte der Europäischen Union*, p. 702.

grado de culpabilidad» (par. 18)³¹. El TJUE no se pronuncia sobre esta cuestión pero en el caso *Louloudakis*³² el Tribunal señala que «debe tenerse en cuenta la buena fe del acusado a la hora de determinar la sanción a imponer».

Como se muestra más adelante, el legislador de la UE hace referencia constantemente a la ponderación de la gravedad de la sanción en base al grado de culpabilidad (dolo/imprudencia) en el ámbito de las sanciones administrativas. Es más, el TJUE ha utilizado esta ponderación como argumento para legitimar las sanciones administrativas y, en algunos casos, como argumento para determinar la sanción nacional (ver el caso *Louloudakis* arriba citado).

Tal y como se indica más arriba en la cita de Vogel, el TJUE tiende a considerar el principio de culpabilidad como parte de la obligación estatal fijada en el Derecho de la UE de establecer penas eficaces, disuasorias y proporcionadas³³. Normalmente, este enfoque subraya la dimensión prospectiva de la proporcionalidad (prevención del delito y disuasión) a la hora de legitimar la responsabilidad penal objetiva. Cuando esto ocurre, existe el riesgo de que el principio de culpabilidad quede oculto bajo la valoración global del efecto preventivo de las sanciones, dejando poco espacio para el principio de culpabilidad (en su dimensión retrospectiva) que *requiere una adecuada proporción entre la gravedad de la conducta y la severidad de la sanción*. Esto se aprecia claramente en la legislación de la UE³⁴ pero, sin embargo, también existen indicios que sugieren que el TJUE se sirve de consideraciones retrospectivas de la proporcionalidad³⁵.

La responsabilidad penal objetiva puede contribuir a la prevención del ilícito –tal y como se expresa en las citas utilizadas del caso *Hansen & Son*³⁶. No obstante, los requisitos del principio de culpabilidad no pueden ser reducidos a una mera cuestión de prevención del delito porque este principio está íntimamente ligado con la dignidad humana y la protección contra un uso excesivo del castigo. También está conectado a la idea de responsabilidad y reprobación en la medida en que el castigo conlleva un elemento de comunicación y, por tanto, requiere –en cierta medida– una correlación entre el grado de culpabilidad, el grado de responsabilidad y la gravedad de la sanción.

La exigencia de una correlación entre el grado de culpabilidad y la severidad de la sanción puede entenderse como un requisito de la proporcionalidad.

³¹ Vid. la argumentación del Bundesfinanzhofs en el caso *Käserer Champignon Hofmeister*, par. 18.

³² STJUE, *Louloudakis*, par. 76.

³³ Vid. el capítulo sobre el Principio de cooperación leal.

³⁴ Vid. Reglamento n.º 2988/95 del Consejo, artículo 2, pars. 1 y 3.

³⁵ Vid., por ejemplo, A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, 2012, p. 203, en relación con el caso *Louloudakis* ya mencionado.

³⁶ STJUE, par. 19: «un régimen de responsabilidad penal objetiva puede incitar al empresario a organizar el trabajo de sus empleados de manera que se garantice el respeto del Reglamento».

Sin embargo, esto *no sólo* implica una proporcionalidad prospectiva (prevención del delito) sino también una proporcionalidad retrospectiva que atiende al delito cometido y no a los delitos que pueden (potencialmente) cometerse.

Como reiteradamente señala el TJUE, cuando el Derecho de la UE no indique lo contrario, la elección de las sanciones queda a la discreción de los Estados Miembros siempre que se asegure que las infracciones del Derecho de la Unión se castigarán bajo condiciones, tanto procedimentales como sustantivas, análogas a las infracciones del Derecho interno que tengan naturaleza e importancia similar; condiciones que, en cualquier caso, hacen que la sanción sea eficaz, proporcionada y disuasoria³⁷.

Si se permite un margen de apreciación a los Estados Miembros a este respecto, resulta complejo que pueda exigirse de manera absoluta que las sanciones nacionales deban ser ponderadas de acuerdo con el grado de culpabilidad (intención/negligencia). Mientras que una sanción – desde una perspectiva genérica– no sea desproporcionada al ilícito (incluyendo el elemento subjetivo (*mens rea*) y objetivo (*actus reus*) en este punto), entonces, el Derecho de la UE probablemente no requerirá ulteriores ponderaciones específicas de la sanción. En este sentido, siguiendo a Asp, «las sanciones deben ser (en términos absolutos), al menos, proporcionales al ilícito en cuestión» y la afirmación de que «el castigo es desproporcionado [...] sólo podrá concluirse en circunstancias excepcionales»³⁸.

No obstante, existe una cuestión que se perfila claramente a la luz de lo indicado hasta ahora: la pena de prisión (especialmente la de larga duración) impuesta únicamente sobre la base de una responsabilidad penal objetiva es incompatible con el Derecho de la UE (y con el CEDH)³⁹. Esto, efectivamente, debe ser así porque, primero, la pena de prisión, y especialmente la de larga duración, es una de las penas más graves mientras que un ilícito en el que no concurre ni dolo ni imprudencia constituye el ilícito con una menor culpabilidad⁴⁰, y, segundo, castigar con una pena de prisión sin que exista nada por lo que culpabilizar al sujeto es contrario a la dignidad

³⁷ Por ejemplo, STJUE, de 8 de septiembre de 2005, C-40/04, *Yonemoto*, ECLI: EU: C:2005:519, pars. 56 ss.

³⁸ P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, p. 203. Aquí, el autor entiende, al igual que Eser, que el requisito de la proporcionalidad incluye un elemento objetivo y subjetivo pero no queda claro si Asp se refiere al artículo 49(3) de la Carta. Vid., igualmente, P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, p. 197. Sobre el alcance limitado del principio de proporcionalidad («solo bajo circunstancias excepcionales»), vid. las Conclusiones del Abogado General en STJUE, de 29 de enero de 2003, C-396/11, *Radu*, ECLI: EU: C:2013:39, par. 103.

³⁹ Vid., igualmente, P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, p. 182.

⁴⁰ Pero aún más, una sanción puede llegar a ser tan desproporcionada a la gravedad de la conducta que – conforme a la jurisprudencia del TJUE – se convierta en un obstáculo para la libertad de movimien-

humana. Por ello, en la jurisprudencia del TJUE mencionada anteriormente –en la que la responsabilidad penal objetiva no se considera incompatible con el Derecho de la UE– trata sobre sanciones de carácter fiscal y no penas de prisión. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia del TEDH a la que se ha hecho referencia.

Sección II. Dimensión comparada

1. INTRODUCCIÓN

Existen variaciones significativas respecto al principio de culpabilidad en los Estados Miembros, como lo evidencia el derecho interno, la doctrina y la práctica nacional. No obstante, existe consenso a la hora de entender que el *mens rea* y la culpabilidad es fundamental para el Derecho penal, especialmente en relación con las sanciones penales de carácter grave, lo que está íntimamente ligado al concepto de dignidad humana (ver más adelante). Por ello, en aquellos países en los que se permiten excepciones al principio de culpabilidad (por ejemplo, Dinamarca o Reino Unido), éstas sólo se aceptan bajo determinadas condiciones.

1.1 Relevancia constitucional del principio de culpabilidad

Existen significativas diferencias entre los Estados Miembros en relación con el estatus del principio de culpabilidad. En algunos países, este principio no tiene rango constitucional y, en algunos casos (por ejemplo, Dinamarca o Reino Unido), el rango de este principio se caracteriza por posibilitar la aplicación de la responsabilidad penal objetiva. En otros países, el principio de culpabilidad tiene un rango superior e incluso puede considerarse que tiene rango constitucional aunque no esté explícitamente mencionado en la constitución (Alemania, Francia, Italia, Polonia y España)⁴¹. En estos países, la responsabilidad penal objetiva no se admite pero es posible desvirtuar la presun-

to de las personas. STJUE, de 29 de febrero de 1996, C-193/94, *Skaniavi*, ECLI: EU: C:1996:70 (especialmente, par. 36).

⁴¹ En Italia, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia relativa al artículo 27 de su Constitución; en Polonia, implícitamente en el artículo 42 de su Constitución; en Francia, conforme a la jurisprudencia del Consejo Constitucional; en España, se deduce directamente del artículo 10 de su Constitución sobre la dignidad humana. Vid., igualmente, O. TSOLKA, *Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w. S.*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 213 y s..

ción de culpabilidad (Polonia y Francia) aunque en algunos Estados ni siquiera se admite esta presunción de culpabilidad (España).

El rango más significativo del principio de culpabilidad se encuentra en Alemania, donde el Tribunal Constitucional ha dictado diversas sentencias en las que explica de manera clara cuál el carácter fundamental de este principio:

«El Derecho penal está basado en el principio de culpabilidad. Este principio presupone la responsabilidad de los seres humanos, presupone que los seres humanos determinan sus acciones y que pueden distinguir entre el bien y el mal en base a su libre albedrío. La protección de la dignidad humana se basa en la idea del Hombre como ser espiritual y moral que tiene la capacidad de definirse a sí mismo, y de desarrollarse en libertad [...] El principio de que toda sanción presupone una culpabilidad tiene, por tanto, su base en la garantía de la dignidad humana recogida en el art. 1.1 de la Norma Fundamental [...]»⁴².

Con ello, el Tribunal Constitucional alemán establece un nexo entre el principio de culpabilidad y la dignidad humana, la cual es tan relevante en el texto constitucional alemán (art. 1) que, a la hora de aplicar el derecho alemán, el operador jurídico alemán tiene que respetar los requisitos que se derivan del concepto de dignidad humana –incluso si ello implica dejar de lado el Derecho de la UE. La dignidad humana no puede ser violentada por el Derecho de la UE, que es lo que estaba en juego en el caso *Solange-III*⁴³ y en el que el Tribunal alemán sostuvo que el principio de reconocimiento mutuo del Derecho de la UE previsto en la orden de detención y entrega europea está «limitado por la garantía constitucional de la dignidad» (Par. 83)⁴⁴.

2. EL *IUS COMMUNE* POR DEFECTO

2.1 Introducción

Como ya se ha mencionado anteriormente, no existe una definición del principio de culpabilidad o de *mens rea* (dolo y negligencia) aplicable de manera genérica en el ámbito del Derecho de la UE. Por ello, normalmente se deja a los Estados Miembros que definan y apliquen el concepto de culpabili-

⁴² Decisión del Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 123/267, s. 413 (par. 364). La traducción al inglés está disponible en la página oficial del Tribunal.

⁴³ BVerfGE, 2735/14, de 15 de diciembre de 2015.

⁴⁴ No obstante, en este caso, el Tribunal no entendió que existiese una violación de la dignidad humana. Sobre la confianza y reconocimiento mutuo, vid. la contribución de F. BIANCO y L. LA SPINA en este libro.

dad de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos y, por ello, resulta complejo encontrar tendencias comunes aunque existen algunas. Para comprender estas tendencias comunes, es necesario abordar algunas de las diferencias que existen entre los Estados, que serán abordadas en los apartados 2.2 a 2.4 a continuación, para, finalmente, hacer una valoración global de las tendencias identificadas – apartado 2.5.

2.2 Definición de dolo e imprudencia

La mayoría de los Estados dividen el *mens rea* en dos categorías principales: dolo e imprudencia. Estas categorías se subdividen de manera diferente en cada Estado y su definición puede variar.

En Reino Unido existen cuatro niveles de *mens rea*: *intención*, *desconsideración* (por ejemplo, cuando el sujeto se representa la producción de un daño pero actúa sin pensar en las consecuencias a pesar de que la existencia del riesgo es obvia para la mayoría de las personas), *conocimiento* de los riesgos específicos que implica la acción, y *negligencia*. Sin embargo, según el Derecho danés, existen dos categorías principales, dolo e imprudencia, pero estas pueden subdividirse. El dolo se divide en tres categorías: la primera, cuando el sujeto sabe que su acción conllevará la realización de la conducta ilícita descrita en la norma (dolo directo de primer grado); la segunda, cuando el sujeto se representa la producción del resultado como consecuencia necesaria o probable (dolo directo de segundo grado), y tercera, cuando el sujeto se representa la producción del resultado como posible pero actúa igualmente, incluso si la producción del resultado hubiera sido segura (dolo eventual). En un sentido similar –pero no exactamente análogo–, esta definición puede ser también identificada, por ejemplo, en el Derecho sueco. Por su parte, el Derecho polaco puede ser entendido como un Derecho a medias entre el danés y el británico, ya que, en Polonia, existen cuatro categorías básicas de culpabilidad: dolo directo, dolo eventual, desconsideración e imprudencia.

Aunque la mayoría de los países distingue entre imprudencia grave y leve (Dinamarca, España, Francia, Alemania), no todos lo hacen, como Italia.

Las diferencias no sólo se aprecian respecto a la definición de dolo e imprudencia sino también en relación con otros aspectos relativos al principio de culpabilidad. Mientras que algunos países permiten establecer excepciones a este principio y aplican una responsabilidad penal objetiva (Dinamarca y Rei-

no Unido)⁴⁵, en otros, este tipo de responsabilidad es inconstitucional⁴⁶. Más arriba (sección I, § 3) ya se ha abordado el análisis de los criterios de acuerdo con los cuales el TJUE y el TEDH admiten excepciones al principio de culpabilidad. Según los datos del cuestionario y la jurisprudencia de sendos Tribunales, parece posible concluir que los Estados Miembros de la UE que contemplan la responsabilidad penal objetiva (Reino Unido, Dinamarca) también aplican estos criterios –al menos, hasta cierto punto.

En España, la responsabilidad objetiva no sólo queda excluida del ámbito de la responsabilidad penal sino también del sancionador administrativo. De hecho, España no sólo rechaza la responsabilidad objetiva sino también la inversión de la carga de la prueba. Los errores excusables parecen ser aplicados ampliamente y recibir más atención en Italia y Alemania, mientras que en España se interpretan y se aplican de manera más restrictiva.

Estas son sólo algunas de las diferencias que existen en relación con el principio de culpabilidad pero, aún con ello, en los §2 y §3 se subrayarán algunas de las similitudes y tendencias comunes.

En ámbitos específicos del Derecho de la UE, el TJUE ha contribuido a definir los conceptos de dolo e imprudencia. Este Tribunal parece aplicar el mismo concepto de intención (con independencia de si se trata de sanciones penales o administrativas), en concreto, la idea de que no sólo los actos que son deliberados son intencionados sino también aquéllos que derivan en una infracción del ordenamiento jurídico. No obstante, esta «definición» de intención está ligada al contexto de cada disposición en cuestión.

Como se ha mencionado más arriba, los Estados Miembros de la UE diferencian entre varios grados de dolo e imprudencia. La mayoría de los instrumentos jurídicos de la UE utilizan el término «intencionadamente»⁴⁷ de forma que no se establece una diferencia explícita entre los diversos grados del dolo. Otros instrumentos contienen el término intencionadamente así como el término «negligencia grave» e incluso «imprudencia temeraria»⁴⁸. En algunas ocasiones, el elemento intencional se especifica o es modificado como, por ejemplo, en la

⁴⁵ Con relación al Reino Unido, vid. A. ASHWORTH-J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 138, y en Dinamarca, L. B. LANGSTED *et al.*, *Criminal Law in Denmark*, 3rd ed., Copenhagen DJOEF Publishing, 2014, p. 49.

⁴⁶ Esto podría generar problemas para el principio de reconocimiento mutuo. En este sentido, vid. la contribución de F. BIANCO y L. LA SPINA en este libro.

⁴⁷ Vid., por ejemplo, las Directivas 2011/36 relativa al tráfico de personas, 2011/92 relativa a la pornografía infantil, 2013/40 relativa a los ataques a los sistemas de información, 2014/57 relativa al abuso de mercado, y 2015/849 relativa al blanqueo de capitales.

⁴⁸ Vid. la Decisión marco 2008/99 relativa a la protección del medio ambiente y 2005/667 relativa a la contaminación procedente de buques, así como la Directiva 2009/123 relativa a la contaminación procedente de buques. Únicamente esta última directiva utiliza el término de «imprudencia temeraria».

Directiva Marco relativa al crimen organizado (con intención y conocimiento de la finalidad).

En el caso *Intertanko*⁴⁹, el TJUE sostiene que no supone una violación del principio de seguridad jurídica⁵⁰ el que el artículo 4 de la Directiva 2005/35 relativa a la contaminación procedente de buques utilice el término «negligencia grave» sin definirlo porque este concepto:

«[...] [se] aplica a un número indefinido de situaciones que es imposible tipificar por anticipado, y no a conductas concretas que puedan detallarse en un acto normativo [...] como prevén numerosos sistemas jurídicos nacionales, el concepto de negligencia «grave» designa necesariamente una infracción patente de una obligación de diligencia. Siendo así, el concepto de «negligencia grave» [...] debe interpretarse en el sentido de que requiere una acción u omisión involuntaria mediante la cual la persona responsable infringe, de manera patente, la obligación de diligencia que habría debido y podido cumplir teniendo en cuenta sus cualidades, sus conocimientos, sus aptitudes y su situación individual» (pars. 67-77).

2.3 Excepciones al principio de culpabilidad

Dos de los Estados que aquí se analizan permiten excepciones al principio de culpabilidad mediante la aplicación de la responsabilidad penal objetiva (Dinamarca y Reino Unido). Otros países (como Francia o Italia), operan con una suerte de presunción de culpabilidad mientras que algún otro (España) rechaza cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva o presunción de culpabilidad. El TJUE así como el TEDH admiten excepciones a través de la responsabilidad penal objetiva o las presunciones de culpabilidad aunque dichas excepciones se permiten únicamente bajo determinadas condiciones en las que ha de tomarse en consideración: primero, la importancia del bien jurídico protegido (qué es lo que se pretende proteger); segundo, una defensa razonable (la presunción de culpabilidad debe poder desvirtuarse); tercero, las dificultades prácticas relativas a la detección del ilícito y la prueba de culpabilidad; cuarto, la necesidad de castigar a aquéllos que se benefician (económicamente) de la conducta ilícita, y quinto, la severidad de la sanción (excesivamente grave, penas de prisión de larga duración).

No existe prácticamente ninguna disposición clara ni dogmática que explique en detalle el contenido de los límites razonables respecto a la culpabilidad, por lo que se hace necesario un análisis caso por caso en el que se valoren cuidadosamente los hechos. Aún con ello, estos criterios son útiles como lí-

⁴⁹ STJUE, 23 June 2008, C-308/06, *Intertanko*, ECLI: EU: C:2008:312.

⁵⁰ Vid. la contribución de R. SICURELLA en este libro.

neas directrices y, así, parece adecuado concluir que configuran una suerte de *ius commune* aplicado por los Estados a la hora de derogar el principio de culpabilidad.

2.4 La gravedad de la sanción

A pesar de las múltiples diferencias entre los Estados a la hora de definir el *mens rea*, el ámbito de aplicación del principio culpabilidad y sus excepciones, en general, parece que existe consenso en que la culpabilidad y el castigo caminan juntos. En todos los Estados que se han mencionado, el grado de *mens rea* influye en la pena aunque se regule de manera distinta. Es habitual entre los Estados que la graduación de la sanción se realice conforme al grado de *mens rea* en Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y España. En España, el grado de *mens rea* se refleja de manera muy significativa en el caso del homicidio doloso, penas de 10 a 15 años de prisión; imprudente, penas de 1 a 4 años de prisión; y por imprudencia leve, pena de multa. En Italia, el grado de culpabilidad es uno de los criterios más importantes utilizados por el juez en la individualización de la pena⁵¹. Por último, los Estados con responsabilidad penal objetiva son especialmente cuidadosos para no imponer sanciones graves cuando existe este tipo de responsabilidad. En Dinamarca y Reino Unido, normalmente sólo se imponen multas en estos casos pero existen algunas excepciones en las que –al menos teóricamente– es posible utilizar penas de prisión en supuestos de responsabilidad objetiva⁵².

2.5 Una categoría general derivada de las tendencias comunes

Analizando los diferentes ordenamientos jurídicos desde una perspectiva genérica, las tendencias generales entre los países estudiados son: primero, que el principio de culpabilidad es importante y se aplica –al menos hasta cierto punto– en todos los países; segundo, el *mens rea* es, en general, un requisito para aplicar sanciones graves; tercero, el grado de culpabilidad o *mens rea* es relevante a la hora de determinar la sanción, y cuarto, en todos los países se aplican sanciones a las personas jurídicas.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 133 del Código Penal italiano y la sentencia del Tribunal Constitucional n. 364/1988.

⁵² D. ORMERO, *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, 2012, p. 30.

Además, es posible dividir estos países en dos categorías principales. En Dinamarca y Reino Unido, la importancia o el impacto del principio de culpabilidad no es significativo: primero, porque este principio no tiene rango constitucional; segundo, porque se aplica la responsabilidad penal objetiva; tercero, porque existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, cuarto, porque en el ámbito del Derecho penal los errores invencibles no se aplican como eximentes sino como atenuantes.

En contraste, el principio de culpabilidad parece tener una importancia fundamental y un mayor impacto en el Derecho penal de Alemania, Francia, Italia, Polonia y España, porque, primero, el principio de culpabilidad posee –en cierto grado– rango constitucional; segundo, porque no se admite (o se admite parcialmente) la responsabilidad penal objetiva; tercero, porque la responsabilidad de las personas jurídicas no se admite (en Alemania, Italia y Polonia), y cuarto, porque los errores invencibles se aplican como eximentes.

A pesar de estas diferencias entre los Estados en relación con el principio de culpabilidad, existen un conjunto de características comunes (que se abordan a continuación).

3. TENDENCIAS COMUNES EXISTENTES O EMERGENTES

3.1 La cultura común

El reconocimiento del principio de culpabilidad parece crucial para los Estados –aunque lo formulen y lo apliquen de manera distinta. En algunos de los países mencionados (por ejemplo, Alemania, Francia, Italia, España), este principio incluso tiene rango constitucional. Como consecuencia del caso *Solange* y otras sentencias del Tribunal Constitucional alemán, la opinión dominante en Alemania es que la responsabilidad penal objetiva es inconstitucional y que una armonización del Derecho penal en el ámbito de la UE implicaría que este tipo de responsabilidad fuera probablemente inconstitucional⁵³, lo que se explica por la relación entre el principio de culpabilidad y la *dignidad humana*.

Opiniones y preocupaciones similares pueden encontrarse en la jurisprudencia de los tribunales supremos o constitucionales de otros países europeos⁵⁴. Incluso en países como el Reino Unido, en el que el principio de culpabilidad no tiene rango constitucional, se considera que este es un principio

⁵³ Vid. H. SATZGER, en STREINZ (ed.), *EUW/AEUW*, 2. Ed., München Verlag Beck, 2012, p. 998.

⁵⁴ Por ejemplo, el Högsta Domstolen sueco, vid. NJA 2011, s. 563, par. 20.

importante y, en cierto sentido, fundamental, y, por ello, la doctrina británica asocia el principio de culpabilidad a diversos aspectos de la *dignidad humana* y sólo permite su derogación bajo determinadas circunstancias⁵⁵.

El concepto de dignidad humana es también fundamental en la UE. Se menciona al principio de la Carta de la UE, en su artículo 1 («La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»), y en el artículo 2 del Tratado de la UE: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana». Además, conforme a la Carta de la UE, ésta se basa en el «patrimonio espiritual y moral [de los Estados Miembros] [y] está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho»⁵⁶. La importancia del principio de culpabilidad se subraya por la doctrina penal de la UE, por ejemplo, por un conjunto de académicos de diez países europeos diferentes⁵⁷.

En definitiva, el principio de culpabilidad parece ser fundamental para la dignidad humana y para el Derecho penal en una democracia moderna. Las raíces de esta idea se remontan a tiempos muy atrás⁵⁸ y se reflejan en los Tratados de la UE y en su Carta. Este principio se perfila como fundamental en el sentido de que es un prerequisite para que un Estado pueda declarar que se encuentra construido como un Estado de Derecho (no existe un Estado de Derecho sin el principio de culpabilidad)⁵⁹. Es, en definitiva, un principio que puede identificarse en los Estados de tradiciones basadas en el *common law* y en el *civil law*.

3.2 Argumentos comunes: ética versus prevención

Como se ha indicado más arriba, el principal argumento en contra de la responsabilidad penal objetiva es de naturaleza ética y está relacionado con la

⁵⁵ A. ASHWORTH-J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, p. 155, donde los autores se refieren a D. A. J. Richards.

⁵⁶ Carta de la UE, preámbulo, par. 2.

⁵⁷ P. ASP et al., *A Manifesto on European Criminal Policy. European Criminal Policy Initiative*, p. 707.

⁵⁸ H. H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin Duncker Humblot 1996, p. 23.

⁵⁹ T. Hörnle indica – en referencia a la cita anterior del Bundesverfassungsgericht – que el principio tiene «la función de promover un Estado decente – un Estado que trata a los ciudadanos con respeto y les deja espacio para organizar sus vidas sin una interferencia estatal excesiva». Vid. T. HÖRNLE, *Guilt and Choice in Criminal Law Theory – A Critical Assessment*, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, 1/2016, pp. 1-24, p. 5. Sin embargo, Hörnle es crítico con esta función cuando se trata de determinadas sanciones.

dignidad humana. Sin embargo, la derogación del principio de culpabilidad resulta también problemática desde la perspectiva de la prevención del delito. Por ejemplo, se considera que carece de sentido responsabilizar a un sujeto por actos cometidos por terceros. Este argumento, basado en consideraciones relativas a la prevención del delito, puede encontrarse, por ejemplo, en la doctrina alemana⁶⁰ así como en la jurisprudencia del TEDH⁶¹. En este sentido, es interesante que sea precisamente este argumento el que resulta decisivo para algunos Estados y para el TJUE a la hora de admitir la derogación del principio de culpabilidad, lo que indica que existen situaciones en las que estas consideraciones éticas pueden relativizarse. Es decir, es posible que en algunas situaciones la responsabilidad objetiva sea eficaz y disuasoria, como, por ejemplo, castigar a sujetos que tienen una fuerte influencia emocional o económica en otros (como, por ejemplo, un progenitor, el empresario, un cónyuge) con relación a determinados delitos. Por ello, no se prohíbe que sea socialmente útil castigar a un sujeto por actos cometidos por terceros, una línea de razonamiento que puede identificarse en algunos Estados así como en el TJUE y el TEDH.

3.3 Un entendimiento común: limitar la gravedad de la sanción

Una vez que se ha demostrado que un sujeto ha infringido la norma, no es suficiente con castigar a esa persona por haber cometido un ilícito. La responsabilidad penal presupone la existencia de culpabilidad en el sentido de que debe ser posible atribuir al sujeto sus propios actos. Es una idea dominante en las democracias occidentales modernas⁶² que la *culpa* o el *reproche*⁶³ son un elemento esencial del castigo. Carece de sentido culpar a una persona por un acto con respecto al cual no es posible establecer su culpabilidad. Esto no sería ético sino inhumano y despiadado, y generaría una importante sensación de inseguridad en la sociedad del riesgo⁶⁴ —una sensación que, a menudo, representa la diferencia entre el Estado de Derecho y una dictadura.

⁶⁰ P. ASP *et al.*, *Kriminalrättens grunder. Svensk stråffrett I*, Justus Forlag, Uppsala, 2013, p. 48.

⁶¹ Vid. par. 71 de la sentencia en el caso *Varvara* citada más arriba.

⁶² Vid., por ejemplo, la sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952, par. 12. https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1952-03-18/GSSt-2_51.

⁶³ Sobre Dinamarca, vid. V. GREVE, *Detstrafferetligeansvar*, Copenhagen DJOF, 2003, p. 189; a Finlandia, D. FRÄNDE, *Allmänstraffrätt*, Helsinki Forum Iustus, 2012, p. 175; a Reino Unido, A. ASHWORTH-J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, p. 155; a Alemania, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, p. 407; y a Suecia, P. ASP *et al.* 2013, *Kriminalrättens grunder. Svensk stråffrett I*, p. 48.

⁶⁴ P. ASP *et al.* 2013, *Kriminalrättens grunder. Svensk stråffrett I*, p. 48.

El aceptar la existencia de un elemento de culpa o reproche en el castigo implica que también ha de reconocerse que el castigo –la pena– tiene una función simbólica o comunicativa; función que es generalmente asumida⁶⁵. La pena expresa «un juicio moral negativo»⁶⁶ o «un reproche social y ético»⁶⁷. Como consecuencia de las características inherentes a la culpa y al carácter simbólico de la pena, el castigo únicamente debería ser utilizado en casos en los que adquiere sentido y en los que permite expresar apropiadamente la culpa o el reproche, y el principio de culpabilidad protege así al ciudadano frente a un uso excesivo del castigo por parte del Estado⁶⁸.

En este sentido, parece que existe un entendimiento común en los distintos Estados y tradiciones jurídicas, de *common* o *civil law*: como punto de partida, no debería imponerse un castigo si no es posible culpar a la persona (las eximentes deben estar especialmente justificadas en este punto) y debe existir (cierta) proporcionalidad entre la culpa y la gravedad de la sanción⁶⁹.

3.4 Una necesidad común: sancionar a las personas jurídicas

Algunos Estados prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como Dinamarca, Reino Unido, Francia. Sin embargo, en otros, como Alemania, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es inconstitucional –en parte debido a la configuración del principio de culpabilidad. Por el momento, el legislador europeo ha posibilitado que los Estados Miembros decidan libremente acerca de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, exigiendo a los Estados Miembros que sancionen a las personas jurídicas por infracciones del Derecho comunitario en algunas directivas pero permitiendo que estos decidan qué tipo de sanciones aplicar (penales o administrativas)⁷⁰. En otras palabras, a nivel de la UE, el principio de culpabilidad no excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas

⁶⁵ Vid., por ejemplo, A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, 2001, y P. ASP et al. 2013, *Kriminalrättens grunder. Svensk straffrätt I*, p. 48.

⁶⁶ Vid. la afirmación del gobierno alemán en el par. 17 de la sentencia de 27 de octubre de 1992 en el caso C-240/90, *Germany against the Commission*.

⁶⁷ Vid. el pronunciamiento del Bundesfinanzhofs en el caso *Käserer Champignon Hofmeister*, par. 18.

⁶⁸ H. H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, p. 24.

⁶⁹ Vid. también A. DUFF 2001, pp. 132 y 141: «Desviaciones al alza – la imposición de un castigo desproporcionadamente duro – no pueden ser justificadas».

⁷⁰ En el ámbito de la protección de los intereses financieros de la UE, vid. la contribución de F. GIUFFRIDA en este libro. Para más ejemplos en relación con actos jurídicos de la UE, vid. P. ASP et al., *A Manifesto on European Criminal Policy. European Criminal Policy Initiative*, p. 708.

aunque, por otro lado, no es obligatorio establecer su responsabilidad penal en casos de infracciones al Derecho de la UE.

Aunque la *responsabilidad penal* de las personas jurídicas es inconstitucional en algunos Estados, la mayoría de ellos contemplan algún tipo de sanción para las personas jurídicas, que, en muchas ocasiones – aunque no en todas – se asemejan mucho a una responsabilidad penal. La razón a la hora de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas (ya sea a nivel penal o con sanciones administrativas) se fundamenta en necesidades de carácter práctico, incluyendo, sobre todo, el deseo de poder castigar infracciones anónimas y la posibilidad de ajustar la cuantía de la multa al beneficio económico obtenido, real o supuesto (y no ajustarlo a la situación económica del infractor), lo que era especialmente importante en los casos en los que el sujeto se encontraba en una posición de inferioridad recibiendo un salario reducido pero que había actuado en interés de la empresa. En definitiva, la necesidad de castigar a las personas jurídicas parece ser algo común a todos los Estados Miembros de la UE.

Sección III. Cuestiones abiertas

1. CUESTIONES GENERALES

1.1 Introducción

A la vista de la situación actual sobre el principio de culpabilidad, ¿cuáles son los principales problemas a los que se enfrenta el operador jurídico que trata con cuestiones relacionadas con el Derecho de la UE? Estos problemas se ponen (parcialmente) de manifiesto en los casos ya mencionados en este capítulo, como *Intertanko*, *Hansen & Son*, *Louloudakis*, etc., y pueden categorizarse en tres o cuatro problemáticas principales, que son las que se toman como base para el desarrollo de los siguientes epígrafes.

1.2 El dolo y la negligencia no están definidas en el Derecho de la Unión Europea

Un problema recurrente que surge en el ámbito del Derecho penal de la UE es la ausencia de una definición de los términos dolo, imprudencia, etc., en

la normativa de la UE, las directivas o convenios⁷¹. Estos conceptos son difíciles de delimitar (vid. par. 67 de la sentencia en el caso *Intertanko*) y existen razones para creer que no van a ser definidos en el futuro próximo, lo que podría generar situaciones de inseguridad a los operadores jurídicos que se ocupan de casos transnacionales en los que se combinan los requisitos del Derecho de la UE con los del derecho interno. No obstante, la jurisprudencia del TJUE ofrece algunas líneas directrices a tener en cuenta por los operadores jurídicos en estos supuestos (vid. Sección I).

1.3 Cuando el legislador nacional es «demasiado severo»

El Derecho de la UE permite que la implementación de los diferentes aspectos del principio de culpabilidad se lleve a cabo por los propios ordenamientos jurídicos internos y por el Derecho penal nacional a pesar de que en ocasiones la aplicación de este Derecho penal entra en conflicto con principios generales o fundamentales de la UE. La jurisprudencia ya mencionada pone de manifiesto los problemas existentes cuando el Derecho penal interno utiliza una definición de *mens rea* que excede o es desconocida en otros Estados Miembros de la UE, por ejemplo, como son los casos de responsabilidad penal objetiva o de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El hecho de que estos conceptos sean únicamente utilizados por algunos Estados, pero no por todos, puede originar problemas relativos a una competencia desigual entre empresarios, etc., o problemas relativos a la libre circulación de personas, bienes, etc. Éste fue el caso, por ejemplo, de la situación que se produjo en *Hansen & Son*, en el que un transportista danés fue sancionado sobre la base de una responsabilidad objetiva (en la que no se exigía ni dolo ni imprudencia). El problema puede incluso agravarse puesto que la responsabilidad penal objetiva es inconstitucional en algunos de los Estados de la UE.

Sin embargo, conforme a la jurisprudencia del TJUE no se prohíbe que un Estado contemple la responsabilidad penal objetiva por infracciones del Derecho de la UE aunque este Tribunal lleva a cabo un análisis en profundidad de la *finalidad* por la que se aplica este tipo de responsabilidad y la *proporcionalidad* de la sanción aplicada⁷². Es decir, la responsabilidad penal objetiva o la presunción de culpabilidad sólo es legítima si cumple determinados límites

⁷¹ Vid., por ejemplo, *Rinkau*, *Intertanko*, *van der Ham* y *Afrasiabi* – todos ellos casos mencionados anteriormente.

⁷² Vid., igualmente, la contribución de A. NIETO MARTÍN en este libro.

y criterios que deben ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos nacionales a la hora de comprobar si la responsabilidad penal es legítima bajo los parámetros del Derecho de la UE.

Una variación de esta problemática tiene lugar cuando las sanciones parecen desproporcionadas de acuerdo con el Derecho penal nacional, es decir, cuando son (demasiado) graves. El principio de proporcionalidad se analiza de manera individual en otro capítulo de este libro pero, no obstante, la proporcionalidad vinculada al principio de culpabilidad sí es objeto de esta contribución. Las sanciones desproporcionadas pueden ser un problema para la competencia en el ámbito de la UE o para la libre circulación de personas, etc. El TJUE hizo referencia a esta cuestión en el caso *Louloudakis*⁷³, indicando que «debe tenerse en cuenta la buena fe del acusado a la hora de determinar la sanción a imponer», y en el caso *Käserei Champignon Hofmeister* relativo a las sanciones administrativas. Por tanto, es importante para los operadores jurídicos nacionales conocer que a pesar de que la responsabilidad penal objetiva o la presunción de culpabilidad es legítima, debe prestarse una atención especial a la gravedad de la multa impuesta. En definitiva, la función (retrospectiva) del principio de culpabilidad requiere una adecuada proporción entre la gravedad de la conducta (teniendo en cuenta el elemento subjetivo) y la severidad de la sanción.

1.4 Cuando en el derecho de la Unión Europea se aplica un concepto no reconocido por un Estado miembro

En algunas normas de la UE se utiliza el término «negligencia grave»⁷⁴, que no se define ni en la normativa de la UE ni tampoco en esas normas concretas. De hecho, es significativo que estos conceptos no pueden ser, en realidad, definidos (vid. el caso *Intertanko* mencionado anteriormente). Esto podría originar problemas en algunos Estados Miembros de la UE en los que el concepto de negligencia grave no se aplica (Italia). Así, en un caso relativo a la conceptualización y aplicación de este término, el operador jurídico italiano tendría que proceder como se ha indicado anteriormente (Sección I, § 2.2). Si la definición no puede derivarse de las disposiciones del reglamento o de la directiva, etc., el concepto debe ser interpretado de manera independiente pero uniforme en relación con el contexto en el que

⁷³ Par. 76, vid. caso *Louloudakis*, citado más arriba en la Sección I, § 3.2.

⁷⁴ Decisión Marco 2008/99 relativa a la protección del medio ambiente, 2005/667 relativa a la contaminación procedente de buques, así como la Directiva 2009/123 relativa a la contaminación procedente de buques.

se adoptaron esas disposiciones y a la finalidad perseguida por el legislador. Adicionalmente, el operador jurídico puede tener en cuenta la sentencia del TJUE en el caso *Intertanko*, en la que el Tribunal explica el significado de este concepto en relación a una directiva específica y, con ello, prestando atención a la tradición jurídica de algunos Estados Miembros de la Unión Europea.

1.5 Cuando un nacional es tratado de manera diferente a otros ciudadanos europeos

Teniendo en cuenta que –conforme al derecho interno– los nacionales y los ciudadanos europeos son tratados de manera distinta debido a la existencia de diversos conceptos de culpabilidad (*mens rea*, responsabilidad objetiva, etc.) o *error iuris*, o de la responsabilidad de las personas jurídicas, etc., el operador jurídico nacional tiene que estar alerta, especialmente si la diferencia es perjudicial para el ciudadano comunitario, por ejemplo, si la responsabilidad penal objetiva o la presunción de inocencia se aplica a otros ciudadanos europeos pero no a los nacionales.

De conformidad con la jurisprudencia ya consolidada del TJUE, cuando el Derecho de la UE no disponga lo contrario, la elección de las sanciones queda a la discreción de los Estados Miembros siempre que se asegure que las infracciones del Derecho de la Unión se castigarán bajo condiciones, tanto procedimentales como sustantivas, análogas a las infracciones del derecho interno que tengan naturaleza e importancia similar (y que la sanción sea disuasoria, eficaz, y proporcionada). Esto es también aplicable al grado de la culpabilidad (*mens rea*)⁷⁵. En el asunto C-24-97, de la *Comisión de las Comunidades Europeas v. Alemania*, el TJUE concluye que:

«la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones [...] al dispensar a los nacionales de los demás Estados Miembros que se encuentran en territorio alemán un trato completamente distinto, en lo relativo al grado de culpabilidad y a las multas que pueden imponerse, del que aplica a sus propios nacionales cuando incumplen de una forma comparable» (conclusión del fallo)⁷⁶.

En un caso como éste, el Derecho penal nacional debe dejarse a un lado. En este sentido, debe destacarse que el TJUE utiliza la expresión «completamente distinto», lo que podría indicar que se permite alguna diferencia de trato –siempre que, por supuesto, esté fundamentado y no sea arbitrio–.

⁷⁵ Vid., igualmente, A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, 2012, p. 205.

⁷⁶ STJUE, de 30 de abril de 1998, C-24/97, *Commission v. Germany*, ECLI: EU: C:1998:184.

1.6 ¿Son aplicables las normas nacionales relativas al *error iuris*?

Otra cuestión que el operador jurídico nacional debe tener en cuenta es si las normas internas relativas al *error iuris* son aplicables en supuestos en los que el Derecho de la UE requiere la aplicación de sanciones. En este momento, no hay mucho que se pueda decir a este respecto. Desde una perspectiva genérica, se deja a la decisión de cada Estado miembro (o del operador jurídico nacional) la resolución de esta cuestión en base al propio derecho interno, por lo que, entonces, se deben tener en cuenta las siguientes cuestiones. La primera de todas es que debe hacerse una distinción entre las sanciones penales y las sanciones administrativas de la UE, que, en la mayoría de los casos, se aplican en base a normas y principios de la UE específicos. Así se pone de manifiesto en un amplio conjunto de normas de la UE que regulan sanciones administrativas⁷⁷ en las que el concepto de fuerza mayor es normalmente una circunstancia eximente en el sistema de sanciones. Mientras que en el ámbito de las sanciones administrativas puede haber disposiciones específicas de la UE que son de aplicación preferente al derecho interno, en el caso de las sanciones penales, es precisamente el derecho interno el que suele aplicarse de manera preferente. A menos que se disponga otra cosa, el Derecho de la UE no impide la amplia proyección que alcanzan las normas relativas al error del derecho interno alemán o italiano.

En segundo lugar, el operador jurídico tiene que prestar atención a los supuestos de responsabilidad penal objetiva o de presunciones de culpabilidad. La jurisprudencia del TJUE y el TEDH pone de manifiesto que estos conceptos sólo pueden ser aplicados en el marco de unos límites razonables y esto indica que –al menos en algunos casos– el *error iuris* debe aplicarse para permitir que el sujeto tenga la posibilidad de una defensa razonable y/o que sea posible desvirtuar la presunción de culpabilidad.

2. CUESTIONES NO RESUELTAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Como se desprende del análisis realizado en este capítulo, todavía existen muchas cuestiones por resolver relativa al principio de culpabilidad en el ámbito de la UE. Los requisitos que se derivan de este principio no están 100% claros. De hecho, se trata de una cuestión a la que no se ha prestado mucha atención ni por la legislación de la UE ni tampoco por la jurisprudencia o la doctrina. La UE

⁷⁷ Algunas de ellas ya han sido citadas más arriba como, por ejemplo, el Reglamento 1975/2006, art. 31(3).

no ha armonizado o definido exactamente qué es lo que significan, por ejemplo, los distintos grados de la culpabilidad (*mens rea*), aunque parece que hay buenas razones para ello. Tal y como indica el TJUE, probablemente no sea posible o conveniente definir de manera precisa, por ejemplo, el término de dolo o imprudencia porque son conceptos que se aplican a un número muy indeterminado de supuestos y situaciones que son imposibles de anticipar y no, por el contrario, a conductas específicas que puedan ser establecidas de manera detallada en una norma. Las diferencias entre los Estados Miembros de la UE respecto a los distintos grados de culpabilidad (*mens rea*), la aplicación o no admisión de la responsabilidad penal objetiva o de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las circunstancias eximentes, etc., es una cuestión que (por tanto) los legisladores de la UE han aceptado (hasta el momento). Probablemente, también sea extremadamente complejo armonizar estos conceptos porque están interconectados con toda la estructura del Derecho penal de un ordenamiento jurídico.

En la medida en que no existe una definición del principio de culpabilidad o de *mens rea* (dolo o imprudencia) en el Derecho penal de la UE, su implementación en este ámbito depende del Derecho penal nacional. Cuando los términos dolo o imprudencia son utilizados por el Derecho de la UE sin una definición específica o sin hacer referencia al Derecho penal nacional, será necesario interpretar la redacción efectuada por la UE de acuerdo al significado usual de este término, el contexto en el que se aplica la norma y la finalidad perseguida por el legislador que la ha elaborado⁷⁸. De esta manera, resultará probablemente relevante prestar atención a los principios generales del Derecho penal, un análisis que, evidentemente, no siempre será sencillo para el operador jurídico.

El mismo panorama de diversidad se evidencia a la hora de abordar a la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas. Mientras que en algunos países, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es posible (Alemania), otros países sí la contemplan (por ejemplo, Dinamarca, Francia y Reino Unido). Muchas de las normas de la UE requieren la aplicación de sanciones a las personas jurídicas pero, por el momento, se deja a la elección del Estado miembro la decisión de si esas sanciones deben ser de carácter penal o administrativo. Lo mismo ocurre con el contenido de esa responsabilidad. En algunos países, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, se requiere que se determine la responsabilidad de una persona física «dentro de la persona jurídica» (Alemania, Polonia) y, en otros, la persona jurídica puede eludir su responsabilidad si ha implementado modelos organizativos o de ges-

⁷⁸ Vid. la contribución de A. LUCIFORA y el capítulo sobre Principio de cooperación leal.

ción para prevenir delitos (Italia, España). Por ello –en este sentido–, en países como Reino Unido y Dinamarca la responsabilidad de las personas jurídicas tiene un alcance mucho más amplio⁷⁹.

3. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA PIF O DEL REGLAMENTO SOBRE LA FISCALÍA EUROPEA

Algunos de los problemas que pueden surgir respecto a la Directiva PIF⁸⁰ o al Reglamento sobre la Fiscalía Europea ya se han abordado anteriormente⁸¹. En concreto, la Directiva PIF utiliza el término «intencionadamente» en varias ocasiones pero sin definirlo [vid. art. 2(2), art. 3(1) y art. 4(2)(3)]. En virtud del artículo 3(1), «los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión constituye una infracción penal «cuando se cometan intencionadamente». Y, en el mismo sentido, el artículo 4 indica que los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la corrupción activa y pasiva, «cuando se cometan intencionalmente», constituyan infracciones penales.

Antes de profundizar en el contenido de esta Directiva, es fundamental tener en cuenta dos aspectos: primero, la Directiva contiene unas reglas mínimas. Es decir, los legisladores nacionales tienen libertad para extender el ámbito de aplicación de sus ilícitos, superando el marco de la Directiva, lo que también se aplica para determinados aspectos relacionados con el principio de culpabilidad. Y, segundo, la Directiva no armoniza la Parte General del Derecho penal y no regula los requisitos del *mens rea*. Por tanto, si no se indica lo contrario, cada Estado miembro conserva la libertad para definir qué significa la expresión «cuando se cometan intencionadamente». En la Directiva sólo existen algunas referencias relevantes a la hora de interpretar el concepto de dolo, las cuales se encuentran en el preámbulo (pars. 9, 10), e indican que «El carácter intencionado de una acción u omisión puede inferirse de circunstancias fácticas objetivas» y que «La presente Directiva no obliga a los Estados Miembros a prever penas privativas de libertad por la comisión de infracciones

⁷⁹ Esto podría dar lugar a problemas de reconocimiento mutuo. Vid. la contribución de F. BIAMCO y L. LA SPINA en este libro.

⁸⁰ La mención de las Directivas PIF en este capítulo se refieren al documento acordado por el Comité de Representantes Permanentes del 25 de enero de 2017, <https://db.eurocrim.org/db/en/doc/2662.pdf>.

⁸¹ Vid. la contribución de F. GIUFFRIDA en este libro.

penales que no sean de carácter grave, en los casos en que se presuma intencionalidad con arreglo al Derecho nacional».

Debido a la ausencia de toda definición de «cuando se cometan intencionadamente» en el texto de la Directiva, el operador jurídico nacional tiene que aplicar el procedimiento general a la hora de interpretar el concepto de intención. Una cuestión relevante sería si el legislador nacional puede introducir (o mantener) un régimen más amplio –incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad penal objetiva o la presunción de culpabilidad, ya que, como se ha mencionado anteriormente, éste puede ir más allá de lo establecido en la Directiva –a menos que se establezca lo contrario. El inciso que hace el par. 9 de que «El carácter intencionado de una acción u omisión puede inferirse de circunstancias fácticas objetivas» posibilita, con toda certeza, que el Estado miembro contemple la presunción de culpabilidad. Con ello, ¿excluye esto la posibilidad de que se apliquen otros conceptos específicos relativos a la culpabilidad como la responsabilidad penal objetiva? Presumiblemente no puesto que la Directiva provee unas normas mínimas que posibilitan a los Estados Miembros desarrollar una tipificación más amplia y severa, incluyendo, con toda probabilidad, cuestiones relacionadas con el principio de culpabilidad –teniendo en cuenta, por supuesto, que estos conceptos no infrinjan otros principios de la UE (ver el análisis que, en general, se ha hecho en este capítulo). De la misma manera, la presunción debe ser que la norma nacional sobre el *error iuris*, etc., es aplicable –a menos que pueda deducirse otra cosa de la Directiva o de otra normativa de la UE.

En relación con el Reglamento sobre la Fiscalía Europea, la situación parece análoga en el sentido de que no existe una definición específica del concepto de *mens rea*, *error iuris*, etc., en el texto del Reglamento, que deberá estar a lo que se determine en el Derecho penal sustantivo del Estado miembro donde se desarrolle el procedimiento. En ese momento, el Reglamento podría influir en estos conceptos –especialmente en aquellos Estados Miembros en los que exista un sistema menos severo (para el infractor). En este sentido, se espera que este Reglamento traiga consigo nuevas vías de desarrollo para el Derecho de la UE, lo que podría –a largo plazo– generar una aproximación de algunos de los aspectos relacionados con el principio de culpabilidad en los Estados Miembros aunque, lógicamente, por el momento, esto sería únicamente relevante en relación con los ilícitos definidos en la Directiva PIF.

CAPÍTULO 3

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

ADÁN NIETO MARTÍN

SUMARIO: Sección I. Dimensión Europea.–1. Generalidades.–1.1 Las dos caras de la moneda: proporcionalidad y deferencia.–1.2 Un término polisémico: Tres principios diferentes bajo un mismo nombre.–1.3 Constitucionalismo multinivel y principio de proporcionalidad.–2. La proporcionalidad supranacional.–2.1 Las áreas de deferencia.–2.2 La estructura del principio.–2.2.1 Protección de un interés relevante.–2.2.2 Idoneidad.–2.2.3 Necesidad.–2.2.4 Proporcionalidad en sentido estricto.–3 La proporcionalidad de las penas.–Sección II. Dimensión Comparada.–1. Introducción.–2. *Ius commune*.–2.1 Proporcionalidad y bien jurídico protegido.–2.2 Delitos de peligro, de sospecha y de posesión.–2.3 Derecho penal de autor y principio de proporcionalidad.–3. Tendencias comunes.–3.1 Principios actuando en red.–3.2 Inconstitucionalidad v. interpretación conforme a la Constitución.–3.3 Proporcionalidad prospectiva y retrospectiva.–3.4 Evaluación legislativa y proporcionalidad.–Sección III. Cuestiones abiertas.–1. Penas largas de prisión y proporcionalidad.–2. Principio de proporcionalidad y obligaciones de tutela.

Sección I. Dimensión europea

1. GENERALIDADES

1.1 Las dos caras de la moneda: proporcionalidad y deferencia

«Toda pena que no deviene de la necesidad, es tiránica»¹. La famosa frase de Beccaria, invocando al gran Montesquieu, ha sobrevolado dos siglos

¹ C. BECCARIA, *De los delitos y las penas* (https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1), p. 19

de cultura jurídica europea para posarse en el derecho positivo a través del principio de proporcionalidad. La conocida estructura tripartita del principio, que el TC alemán formuló en su famoso *Apotheken Urteil* (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)² y que el TJUE estableció años después en *International Handelgesellschaft*³, acoge con gran facilidad los principios esenciales de política criminal del derecho penal ilustrado, que deben servir de orientación a la política criminal de los Estados y la UE⁴.

La *idoneidad* requiere comprobar que la medida restrictiva de derechos sirve para alcanzar eficazmente un fin legítimo, lo que conecta con el principio de efectiva protección de bienes jurídicos e incorpora también principios como el de *offensivität* o *harm principle*. La *necesidad* exige comprobar que no existe una alternativa menos lesiva para los derechos del ciudadano. Sin mucho esfuerzo este elemento nos conduce al principio de *ultima ratio*. Finalmente, la *proporcionalidad en sentido estricto* implica constatar que entre la restricción de derechos y los beneficios debe existir una relación razonable, que impide «matar gorriones a cañonazos»⁵, lo que nos sitúa ante el carácter fragmentario del derecho penal y la consiguiente necesidad de reservar los castigos estatales más severos para los comportamientos más graves, que afecten a su vez a los intereses sociales más importantes.

La estrecha relación entre los principios de buena legislación ilustrados y el principio de proporcionalidad debe situarse en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Si en las primeras décadas del siglo xx el principio de proporcionalidad supuso la respuesta del Estado de Derecho al incremento de la capacidad de intervención de la administración, tras la II GM se convirtió en una de las herramientas más importantes de control del legislador, en manos de los jueces constitucionales. En el Estado Constitucional, las normas para ser válidas no sólo necesitan ser producidas por los órganos legislativos compe-

² BVerfG 7, 377

³ TJUE, 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, C-11/70, EU: C:1970:114.

⁴ Vid. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (ECPI), A Manifiesto on European Criminal Policy, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12 (2009). El test del principio de proporcionalidad inspira también las directrices sobre derecho penal de la Comisión Europea, del Consejo y del Parlamento, Vid., respectivamente, EUROPEAN COMMISSION, *Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law* Brussels, 20.9.2011 COM(2011) 573 final; Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations 29.7.9th, 30 november 2009; COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *On an EU approach on criminal law* (2010/2310(INI)). 24.4.2012.

⁵ «Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schissen», esta es la famosa frase con la que Fleiner definía el principio de proporcionalidad en el Derecho de policía alemán, FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 1.ª ed., 1911, p. 323.

tentes, sino que también deben ser materialmente válidas y ajustarse a determinados principios que determinan la validez de sus contenidos.

En este contexto, el desarrollo del principio de proporcionalidad ya no constituye únicamente un principio general, sino que forma parte de la teoría de los derechos fundamentales. Su cometido es defenderlos de intromisiones excesivas e innecesarias por parte del legislador. El artículo 53.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales es fruto de esta noción iusfundamental de la proporcionalidad, que ya estaba presente en un buen número de preceptos del Convenio Europeo de Derecho Humanos, donde la intromisión en el derecho fundamental sólo es legítima cuando sea «necesaria en una sociedad democrática» o persiga fines determinados como la protección de la salud pública etc.

Los jueces europeos y los jueces constitucionales nacionales no utilizan sin embargo el principio de proporcionalidad como un martillo con el que destruyen sin contemplaciones las decisiones del legislador. Es una herramienta mucho más flexible y amable –que aquí denominaremos deferente– cuya utilización el juez modula debido a la legitimidad democrática de las decisiones del legislador⁶. El TEDH ha acuñado el concepto «margen de apreciación nacional» con el fin de expresar su deferencia hacia las decisiones de los legisladores nacionales⁷. Una idea o noción similar está presente en la jurisprudencia de todos los tribunales nacionales y por supuesto también del TJUE⁸. La deferencia es la otra cara de la moneda del principio de proporcionalidad y sin ella no puede entenderse su aplicación real. Los criterios de política judicial que cada tribunal utiliza para determinar cuándo es o no deferente son a la postre los que distinguen la utilización del principio de un tribunal a otro. La estructura del principio, el test de proporcionalidad, resulta en contra de lo que suele pensarse un rasgo secundario. Más aún: el grado de deferencia acaba afectando normalmente a la estructura del principio.

1.2 Un término polisémico: Tres principios diferentes bajo un mismo nombre

El término proporcionalidad, al menos en el ámbito del derecho de la UE, es polisémico. Existen tres principios diferentes cobijados bajo el término pro-

⁶ Vid. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional, *Indret*, 3/2012 (www.indret.com).

⁷ Vid. A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2016.

⁸ Vid. DE BURCA, «Proportionality in EU Law», 13 *Yearbook of European Law* (1993), pp. 105 ss.

porcionalidad. Es preciso no confundirlos, pues atienden a finalidades diversas y además tienen acomodos legislativos diversos dentro del TUE⁹.

En primer lugar, se encuentra el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 53.1 de la Carta Europea de Derechos fundamentales. Se trata del principio de proporcionalidad al que nos hemos referido hasta ahora. Cuando el juez lo utiliza para proteger un derecho fundamental forma parte de la estructura del derecho. No constituye una herramienta autónoma para mediar la legitimidad de una norma. Lógicamente el legislador, el juez o la administración afectan también con su actuación a derechos que no constituyen derechos fundamentales. En estos casos la proporcionalidad recobra su estatus de principio general del derecho y se comporta como una herramienta de control autónoma.

Del principio de proporcionalidad debe distinguirse el principio de proporcionalidad de las penas que se recoge en el artículo 49.3 de la Carta. Este precepto no constituye una simple concreción del artículo 53 de la Carta. Representa un principio autónomo, cuya función principal es conectar la pena con el principio de culpabilidad. Su función es doble. De un lado, proscribire sanciones que excedan a la gravedad del comportamiento infractor; de otro, cumplido este objetivo, exige que la sanción atienda a la gravedad del hecho y no a factores personales del autor, como singularmente su peligrosidad. En el principio de proporcionalidad de las penas, la idea de deferencia, que es tan importante en el principio de proporcionalidad, no tiene cabida. Mientras que la proporcionalidad es un principio donde es necesario ponderar, la proporcionalidad de las penas se comporta más como una regla; no admite modulaciones.

La tercera manifestación del principio de proporcionalidad es la denominada proporcionalidad competencial que se recoge en el artículo 5 del TUE. Su finalidad no es la de proteger la libertad de los ciudadanos frente a las intervenciones del poder público, sino que las competencias legislativas de la UE se ejerzan de la manera menos agresiva posible en relación con las competencias estatales. Este principio puede encontrar parangón en los Estados federales. Sin embargo, pese a que muchos países de la UE son Estados federales, en ninguno de ellos exige un derecho penal estatal y un derecho penal federal, como existe en los EEUU. Por esta razón, la propor-

⁹ Vid. M. MUÑOZ DE MORALES, «El principio de proporcionalidad en el Derecho penal europeo: un puzle con muchas piezas», en J. A. LASCURAIN SANCHEZ/M. RUSCONI (dir.), *El principio de proporcionalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

cionalidad competencial en el marco del derecho penal es un problema propio del Derecho de la Unión.

La proporcionalidad, en sus dos primeras manifestaciones, afecta al legislador, pero también a los jueces o la administración cuando determinan las sanciones. El principio de proporcionalidad es además extraordinariamente importante a la hora de controlar las medidas restrictivas de derechos que se adoptan en las investigaciones penales o administrativas. En los últimos años este aspecto del principio de proporcionalidad ha sido muy importante como límite a la cooperación judicial basada en el principio de reconocimiento mutuo¹⁰. En este Capítulo esta cuestión va a dejarse, sin embargo, de lado. Nos ocuparemos exclusivamente de la manifestación del principio de proporcionalidad en el derecho penal como límite al legislador.

1.3 Constitucionalismo multinivel y principio de proporcionalidad

Por si este entramado de «monedas» y «términos polisémicos» no supusiera ya un alto grado de complejidad, existe otro factor más que complica no ya su estructura, sino el método en que el principio debe ser construido por los jueces. Imaginemos, por ejemplo, que consideramos que la prohibición de la pornografía virtual de menores es una medida desproporcionada, por falta de idoneidad para mejorar protección de la libertad sexual de los menores¹¹. Este juicio de proporcionalidad podría tener lugar perfectamente ante tres jueces diversos: el juez interno, al considerar si la transposición nacional de la norma es conforme con el principio en el interior de su ordenamiento; el juez de la UE, al enjuiciar la proporcionalidad de la prohibición efectuada por la directiva; y finalmente el del TEDH, al que podría recurrir el consumidor de pornografía infantil sancionado por la norma nacional-europea, por considerar que ello viola, por ejemplo, su derecho a la vida privada.

Para evitar que en la medida de lo posible entre estos tres tribunales surjan conflictos y dejar claro cuál debe ser su papel existen una serie de reglas relativas a la construcción del principio. Las reglas se basan en la necesidad de diálogo entre jueces, la necesaria toma de consideración de las decisiones de

¹⁰ Vid. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, Manifest on European Criminal Procedure Law, ZIS, 11/2013; igualmente la opinión del AG Sharpston, 18 de octubre de 2012, asun. C-396-11, *Ministerial Public Ciprian Vasile Radu*, ECLI: EU: C:2012:648.

¹¹ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, DO L335/1 de 17.12.2011.

cada uno de ellos y la interpretación del derecho constitucional nacional a la luz del derecho internacional¹². Además, el constitucionalismo multinivel requiere también un conjunto de reglas que establezcan la intensidad del control cuando un determinado sistema se enfrenta con una posible violación cometida por el otro. Así, por ejemplo, en el caso *Bosphorus*¹³ el TEDH consideró que resultaba suficiente comprobar que en líneas generales la UE cumple con los rasgos esenciales del Estado de derecho en la protección de derechos fundamentales. En el caso *Akerberg Fransson*¹⁴, el TJUE señaló que los Derechos fundamentales europeos son aplicables conjuntamente con los nacionales que no están intensamente regulados por el Derechos de la Unión, disponiendo en estos casos los Estados Miembros de un mayor margen de apreciación para aplicar niveles superiores de protección. Por el contrario, como se subrayó en la sentencia *Melloni*¹⁵, cuando el Derecho de la Unión regula intensamente un sector los Derechos fundamentales previstos en el ordenamiento europeo representan el único estándar aplicable¹⁶. En estos casos opera una idea cercana a la deferencia. Digamos que el TEDH ha sido altamente deferente con el ordenamiento europeo y los jueces de Luxemburgo, mientras que el TJUE está construyendo en estos momentos su grado de deferencia en relación a los jueces y ordenamientos nacionales.

Uno de los casos más significativos de esta situación multinivel es sin duda *El Dridi*¹⁷, en donde el TJUE consideró desproporcionada la pena de prisión que establecía la legislación italiana para aquellos extranjeros que no acataran voluntariamente una orden de expulsión dictada por la autoridad judicial, en supuestos en los que el expediente administrativo para la orden de retorno aún no estaba concluido. Este delito, aunque no transponía directamente ninguna norma europea, guarda una relación directa con lo previsto en el artículo 8 de la Directiva 2008/15 cuyo objeto es establecer «normas y procedimientos comunes» para la expulsión de extranjeros que constituyan sanciones penales o sean consecuencia de sanciones penales. Por esta razón, el Tribunal aplica de manera estricta el principio de proporcionalidad europeo y

¹² Vid. I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism at Work», *Columbia Journal of European Law*, (2009) 15, 349-407

¹³ TEDH, 30 de junio 2005, *Bosphorus v. Ireland*, Aplicación n.º 45036/98.

¹⁴ TJUE (Gran Sala), 26 de febrero de 2013, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU: C:2013:280.

¹⁵ TJUE (Gran Sala), 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*, C-399/11, EU: C:2013:107.

¹⁶ D. SARMIENTO, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review* 50, 2013.

¹⁷ TJUE (Tribunal de Primera Instancia), 28 de abril de 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU, EU: C:2011:268.

lo hace además de manera más estricta que la Corte Constitucional italiana, que había declarado previamente que este tipo penal no infringía el principio de proporcionalidad¹⁸. Pero igualmente resulta significativo como la sentencia del TJUE acoge expresamente la jurisprudencia del TEDH en relación al principio de proporcionalidad. La sentencia llevó en primer lugar a que la *Corte de Cassazione* italiana desaplicara el delito y decretara una sentencia absolutoria, y a que seguidamente el legislador modificara el precepto penal sustituyendo la pena privativa de libertad por una multa.

2. LA PROPORCIONALIDAD SUPRANACIONAL

El principio de proporcionalidad del Derecho de la Unión debe tener como base la jurisprudencia del TEDH. A partir de estos cimientos, la Corte tiene libertad para construir el principio con plena autonomía, aunque dialogando con las tradiciones nacionales. Estas serán objeto de análisis en la sección siguiente, por lo que ahora nos centraremos en el contenido supranacional del principio.

2.1 Las áreas de deferencia

Conforme a la línea metodológica que nos hemos trazado, el estudio de la proporcionalidad debe comenzar examinado cómo diseñan los dos tribunales supranacionales europeos sus áreas de deferencia. Esta determinación está muy influida por la función que está llamado a cumplir cada tribunal. Desde su constitución, el TJUE está vinculado a la defensa de la autonomía del ordenamiento comunitario frente a los Estados y a la defensa del proyecto de integración europea. Este *telos* es imprescindible para conocer las áreas de deferencia: el Tribunal es estricto en la aplicación del principio cuando se enfrenta con una norma penal nacional que restringe indebidamente algunas de las libertades básicas de la UE. En estos casos se trata de proteger el proyecto de integración europeo frente a intromisiones excesivas de los estados, de ahí lo riguroso del test de proporcionalidad, que puede afectar tanto a la norma de comportamiento¹⁹ como a la norma de sanción²⁰. Por el contrario, la deferencia aumen-

¹⁸ Cort. Cost., n.º 22/2007.

¹⁹ TJUE, 23 de febrero de 1995, *Borsdessa*, C-358/93 y C-416/93, EU: C:1995:54.

²⁰ TJUE, 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolke*, C-41/76, EU: C:1976:182

ta cuando se trata de analizar la proporcionalidad de las propias normas de la Unión, basadas en decisiones políticas o criterios técnicos.

La contundente utilización del principio de proporcionalidad con el fin de defender las libertades y el funcionamiento del mercado interior es en ocasiones modulada por el TJUE atendiendo a dos variables diferentes. En primer lugar, el TJUE es aún menos deferente cuando la norma penal conlleva un trato discriminatorio que afecta a la libertad de movimientos²¹. En cambio, la deferencia puede aumentar si el interés protegido es la seguridad nacional.²²

En *Werner y Leifer*²³ se combinan ambas variables. En este asunto se analiza la proporcionalidad de un precepto penal alemán que sanciona la exportación de material de doble uso. El gobierno alemán justificaba el control sobre bienes, que restringe la libre circulación de mercancías, en que pueden utilizarse en la fabricación de armas químicas y que por ello suponen un peligro para la seguridad. El TJUE deja en manos del juez nacional la apreciación de la proporcionalidad de las penas: «Corresponde al juez nacional determinar si las sanciones penales aplicables respetan el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta todos los elementos de cada caso, como la naturaleza de los alimentos que pueden poner en peligro la seguridad del Estado, de las circunstancias en que se cometió la infracción y si el comerciante que ha exportado ilegalmente las mercancías actuó o no de buena o mala fe».

En segundo lugar, el Tribunal puede ser deferente con el legislador dando una respuesta abierta al juez nacional, como ya hemos visto en *Werner y Leifer*, ofreciéndole varios criterios de interpretación entre los que puede elegir para interpretar la norma penal. El Tribunal es consciente que ésta depende de tantos factores que el juez nacional tiene una mejor posición que él para apreciar su compatibilidad. Lógicamente esta forma de deferencia tiene un precio y éste es el del principio de determinación penal. El caso *Cantoni*²⁴ es buena prueba de este problema. Los afectados, tras las ambiguas –deferentes– respuestas del TJUE a la compatibilidad con el derecho de la Unión de una norma penal francesa relativa a la venta de productos farmacéuticos en Francia, recurrieron al TEDH considerando que la normativa francesa resultaba incompatible con el principio de proporcionalidad.

Las zonas de deferencia del TJUE hacia el legislador son más complejas de trazar cuando controla medidas o actos legislativos de la propia Unión Eu-

²¹ Cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2006, pp. 143 ss., y 173-174. F. JACOBS, «Recent developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», en E. ELLIS, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 9; TJUE, 23 de enero de 1997, *Eckehard Pastoors and Trans-Cap GmbH v. Belgian State*, C-29/95, EU: C:1997:28.

²² F. JACOBS, (not. 21), p. 13.

²³ TJUE, 17 de octubre de 1995, *Werner v. Bundesrepublik Deutschland*, C-70/94, ECLI: EU: C:1995:328.

²⁴ TEDH, 11 de noviembre de 1996, *Cantoni v. France*, Application n.º 17862/91.

ropea. En estos casos existen dos modelos de sentencias. En unas señala que sólo son contrarias al principio las decisiones «*manifestly inappropriate*»²⁵. Dentro de esta zona de gran deferencia, el Tribunal resulta más estricto en la aplicación del principio cuando la medida legislativa puede incluirse dentro del concepto de sanción en sentido amplio, que ha ido construyendo el TEDH a partir del caso *Engel*. La lupa del tribunal ha sido especialmente inquisitiva cuando se ha tratado de analizar normas de la UE que aunque tenían la apariencia de recargos, devolución de subvenciones o pérdida de derechos, en realidad constituían sanciones encubiertas²⁶.

A diferencia del TJUE, el TEDH nace con la misión específica de proteger los derechos amparados por el Convenio, no es por tanto un tribunal que defienda la construcción de un proyecto de integración. Pese a este punto de partida, el TEDH es considerablemente deferente con el legislador nacional gracias a la doctrina del «margen de apreciación nacional». El fundamento de esta construcción reside en la mejor ubicación que el legislado nacional tiene para apreciar qué prohibiciones y qué penas resultan proporcionadas. Igualmente invoca con frecuencia la diversidad de los países firmantes del Convenio, mucho más heterogéneos que los que se agrupan en la UE.

La doctrina del margen de apreciación constituye uno de los aspectos más criticados de su jurisprudencia. Se le objeta fundamentalmente que no la utiliza de manera objetiva y que supone una dejación de funciones por parte de una institución que nace con el fin de tutelar los derechos humanos. Pese estas críticas, resulta posible encontrar ciertas pautas a la hora de comprobar la utilización de la doctrina del margen de apreciación. La primera es de índole cuantitativo. El Tribunal no entra a examinar vulneraciones marginales o periféricas de los derechos reconocidos en el Convenio. Se centra en vulneraciones que afecten a su núcleo duro. No es infrecuente que en estos casos la Corte apoye su decisión en un examen de derecho comparado, con el fin de comprobar si una figura delictiva es común a varios Estados. Si se trata de una infracción muy extendida, el *self restraint* aumenta²⁷.

La segunda variable tiene que ver con el derecho afectado. La Corte es menos deferente cuando se trata de intromisiones del legislador en la libertad de expresión que están relacionadas con el discurso o la crítica política. El margen de apreciación es, sin embargo, mayor cuando lo que está en juego es la libertad de pensamiento o religión. En el ámbito del derecho a la vida fami-

²⁵ TJUE, 13 de noviembre de 1990, Fedesa, C-331/88, EU: C:1990:391

²⁶ Cfr. T. TRIDIMAS, (not. 21), pp. 156 ss., 169.

²⁷ TEDH, 13 de abril de 2012, *Stübing v. Germany*, Application n.º 43547/08.

liar y privada las zonas de deferencia son también extensas. Con este derecho se han tenido que enfrentar numerosos delitos sexuales, que castigaban conductas simplemente amorales y con nula o escasa dañosidad social. El balance de esta jurisprudencia es ambivalente. La Corte –otra decisión hubiera sido infame– consideró que el castigo de la homosexualidad violaba este derecho²⁸. En cambio, ha considerado conforme al Convenio el delito de incesto o el castigo de prácticas sadomasoquistas entre adultos²⁹. Aún en el terreno del artículo 8 CEDH, la Corte es cada vez menos deferente con la sanción de expulsión de extranjeros como consecuencia de la comisión de un delito. Mientras que en un primer momento la Corte se mostraba condescendiente con la expulsión de personas, pese a que existían vínculos familiares y una larga permanencia, a partir del caso *Boulif*³⁰ comienza a ser más rigurosa.

2.2 La estructura del principio

Para describir la estructura del principio de proporcionalidad en el Derecho de la Unión europea suele utilizarse la estructura tripartita que el Tribunal acogió en *International Handelgesellschaft* y de la que se ha hecho eco después en otras decisiones³¹. La práctica muestra sin embargo que el Tribunal en la mayoría de los casos realiza un test con una estructura mucho más simple. Generalmente se contenta con efectuar un balance entre los objetivos perseguidos por la medida y los beneficios que conlleva³². La estructura del test, como ya advertimos, guarda cierta relación con el grado de deferencia. A mayor deferencia el control se reduce a lo manifiesto o irracionalmente desproporcionado, a menor deferencia el contenido del principio tiende a aproximarse a la estructura tripartita.

La CEDH tampoco utiliza la estructura tripartita. La principal característica del test de la Corte es que la proporcionalidad está sometida a dos requisitos previos. Primero, el interés que se protege debe tener cabida dentro de una «sociedad democrática». Segundo, la medida restrictiva de derechos debe estar prevista en la ley³³. Lo que conecta proporcionalidad con legalidad. Constatados estos dos requisitos, el principio de proporcionalidad proviene de la

²⁸ TEDH, 22 de octubre de 1981, *Dudgeon v. Ireland*, Application n.º 7576/76

²⁹ TEDH, 23 de septiembre de 1998, *Lehideux and Sorni v. France*, Application n.º 55/1997/839/1045.

³⁰ TEDH, 2 de agosto de 2001, *Boulif v Switzerland*, Application n.º 54273/00.

³¹ TJUE, 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, C-11/70, EU: C:1970:114

³² T. TRIDIMAS, (not. 21), p. 139

³³ C. GRABENWERTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, C. H. Beck, 2009, pp. 115 ss.

interpretación del término «necesaria» que desde el asunto *Handyside* se entiende como «proporcionada en atención al fin perseguido»³⁴. La argumentación que sigue la Corte se aproxima a la proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, a un balance total de las ventajas e inconvenientes que ocasiona la restricción de un derecho. Dentro de esta argumentación de manera ocasional pueden aparecer argumentos que recuerdan a la idoneidad o la existencia de una alternativa menos gravosa (necesidad). Sin embargo, en ningún caso se sigue un esquema argumentación en el que se vayan analizando una por una las distintas partes del test³⁵.

Pese a cuanto acaba de decirse, la exposición que a continuación sigue va a exponer el principio acogiendo su estructura tripartita. El test procedente de la doctrina y jurisprudencia alemanas, se siga con rigor o no, resulta el más apropiado desde un punto de vista analítico, pues permite mostrar la totalidad de aspectos de una norma penal que deben ser examinados bajo el prisma de la proporcionalidad.

2.2.1 PROTECCIÓN DE UN INTERÉS RELEVANTE

En el marco del Estado de Derecho una medida restrictiva de derechos únicamente puede ser legítima si protege un interés que resulta, como mínimo, compatible con sus valores. Desprovista de este trasfondo axiológico, la proporcionalidad es una noción aséptica o puramente utilitarista, que igual podría aplicarse en un estado totalitario que en uno democrático³⁶.

La jurisprudencia del TEDH centra su primera parte del test de en analizar que el interés lesionado tiene cabida en una sociedad democrática. Ello ha generado una rica jurisprudencia que ha afectado a numerosos delitos, especialmente a aquellos que forman parte del derecho penal sexual. El balance de esta jurisprudencia resulta en líneas generales generoso con los intereses elegidos por el legislador.

En el caso *Dudgeon*³⁷ la Corte se enfrentó con la compatibilidad con el Convenio y concretamente con el artículo 8 de un precepto penal irlandés que castigaba la homosexualidad entre adultos. El Tribunal consideró que «las actitudes éticas hacía la conducta homosexual masculina [...] y la preocupación de que cualquier relajación en el derecho tendería a erosionar los estándares

³⁴ TEDH, 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. RU*, Application n.º 5493/72.

³⁵ C. GRABENWERTER, (not. 33), p. 116

³⁶ ECPI, (not. 2), p. 707.

³⁷ TEDH, 22 de octubre de 1981, *Dudgeon v. Ireland*, Application n.º 7576/76 de

morales existentes, no pueden justificar sin más las intromisiones en la vida privada[...]», por lo que consideró contraria al Convenio el castigo de la homosexualidad. En el terreno del derecho penal sexual, el tribunal sin embargo ha considerado admisible el castigo de prácticas sadomasoquistas entre adultos consentidas³⁸. En este caso ha llegado incluso a admitir los argumentos del Reino Unido, en los que además de la protección de la salud, se indica expresamente «que el derecho penal debe tratar de disuadir ciertas formas de comportamiento por motivos de salud pública, pero también por razones morales más amplias». En *Stübing*³⁹ el Tribunal examinó la legitimidad del delito de incesto del CP alemán. Dos hermanos adultos, que habían vivido separados desde su infancia, hacían vida en pareja. El tribunal da por bueno que en una sociedad democrática la protección de la estructura familiar legitima este delito. Como después veremos esta sentencia representa el *leader case* del TC alemán en lo relativo las relaciones entre proporcionalidad y protección de bienes jurídicos. Fuera de los supuestos pertenecientes al derecho penal sexual, la «sociedad democrática» como límite a lo que puede ser penalmente protegido tampoco ha sido efectivo. Así por ejemplo en *Kokkinakis*⁴⁰ consideró que el interés perseguido por el delito de proselitismo en Grecia tenía cabida dentro de una sociedad democrática («proteger del engaño religioso y la dignidad de una persona de los intentos de influenciarla por medios inmorales y engañosos») e igualmente en *Wingrove*⁴¹, por ofrecer un ejemplo más, se considera que la protección penal de los sentimientos religiosos (exclusivamente los católicos) resulta legítima en una sociedad democrática.

Aunque con mucha menos casuística, la legitimidad del interés forma también parte del test de proporcionalidad en la jurisprudencia del TJUE. Las afirmaciones del Tribunal van, al menos en los últimos tiempos, más allá que el criterio vago de «sociedad democrática» y apuntan a que el interés protegido debe tener una valoración positiva por el Derecho de la Unión o servir a la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. Una sentencia muy clara en este punto es *Digital Rights Ireland*⁴² donde puede leerse: «Sólo podrán hacerse limitaciones de los derechos y libertades si son necesarias y responden realmente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás (...).»

³⁸ TEDH, 23 de septiembre de 1998, *Lehideux and Sorni v. France*, Application n.º 55/1997/839/1045.

³⁹ TEDH, 13 de abril de 2012, *Stübing v. Germany*, Application n.º 43547/08.

⁴⁰ TEDH, 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis v. Greece*, Application n.º 14307/88.

⁴¹ TEDH, 25 de noviembre de 1996, *Wingrove v United Kingdom*, Application n.º 17419/90.

⁴² TJUE, 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12, C-594/12. EU: C:2014:238.

Las afirmaciones del Tribunal conectan con la necesidad que el Derecho penal sea utilizado exclusivamente como instrumento para la protección de bienes jurídicos. Esta doctrina ha sido acogida también por el Consejo, quien en su documento básico sobre política legislativa en materia penal, sostiene que «Las disposiciones penales deben introducirse cuando se consideren esenciales para la protección del interés protegido»⁴³. Veremos sin embargo cómo en los Estados Miembros existe una amplia polémica acerca del rango constitucional de la teoría del bien jurídico.

2.2.2 IDONEIDAD

Comprobada la existencia de un interés relevante, debe analizarse que la conducta prohibida y la sanción son eficaces para proteger este interés⁴⁴. La idoneidad ha sido invocada en varias ocasiones por el TJUE, sin embargo, hasta la fecha no ha tenido relevancia práctica alguna. En la mayoría de los casos el Tribunal señala que dado lo «complejo de la situación económica» el legislador juega con un gran margen de discrecionalidad. Por ello normalmente se limita a controlar, «si una medida es manifiestamente inapropiada teniendo en cuenta el objetivo que la institución competente trata de alcanzar». El Tribunal adopta además un punto de vista *ex ante* para apreciar la idoneidad de la medida. Como expuso en *Schroeder* «la legalidad de un acto de la Comunidad no puede depender de consideraciones retrospectivas de su eficacia»⁴⁵. Ya veremos cómo esta perspectiva no siempre es compartida por la jurisprudencia nacional, donde la falta de idoneidad puede aparecer *ex post*. Un cambio de circunstancias, por ejemplo, avances tecnológicos, pueden dejar obsoleta una medida.

La idoneidad tampoco aparece con frecuencia en la jurisprudencia del TEDH, ni mucho menos tiene carácter decisivo⁴⁶. No obstante, y como antes indicamos, el argumento de la idoneidad aparece en algunas ocasiones en el balance general entre ventajas e inconvenientes de una medida que el Tribunal utiliza para apreciar la proporcionalidad. Así por ejemplo en *Vereinigung De-*

⁴³ Council Conclusions (not. 2), p. 2

⁴⁴ TJUE, 11 de julio de 1989 *Schroeder v. Hauptzollamt Gronau*, C-265/87: «En virtud de ese principio, las medidas que imponen cargas financieras a los operadores económicos son lícitas siempre que sean apropiadas y necesarias para cumplir los objetivos legítimamente perseguidos por la legislación en cuestión»

⁴⁵ N. EMILOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer, 1996, p. 192. Un caso excepcional donde la idoneidad resulta decisiva es TJUE, de 13 de abril de 2088, *Comisión v. Portugal*, C-256/06.

⁴⁶ C. GRABENWARTER, (not. 33) p. 116.

*mokratischer Soldaten*⁴⁷, la Corte afirma que Austria no ha demostrado en ningún momento que la prohibición de difusión de una revista periódica suponga una amenaza para la disciplina militar o en *Hentrich* se niega que la una medida de confiscación sea idónea para prevenir el delito fiscal cuando no existe ningún indicio para ello⁴⁸.

Pese a que la idoneidad no ha jugado un papel relevante en el test de proporcionalidad supranacional, el Consejo en sus *Directrices sobre el derecho penal*⁴⁹ sí que la exige, lo que entronca con las tradiciones nacionales: «Las disposiciones penales deben centrarse en las conductas que causen un daño real o que amenacen gravemente el derecho o el interés esencial objeto de protección, evitando la penalización de una conducta en una etapa demasiado temprana. Las conductas que sólo implican un peligro abstracto para el derecho o interés protegido sólo deben ser penalizadas si son apropiadas teniendo en cuenta la importancia particular del derecho o interés objeto de protección». Como puede apreciarse, el Consejo muestra en estas líneas una especial preocupación por los delitos de peligro, cuya constitucionalidad como después veremos se ha discutido en algunos ordenamientos desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

2.2.3 NECESIDAD

La necesidad constituye el segundo elemento del test de proporcionalidad: «cuando hay que elegir entre varias medidas apropiadas, la medida más gravosa debe adoptarse en último lugar»⁵⁰. La necesidad ha tenido un gran protagonismo en el caso de normas penales nacionales que restringen las libertades europeas, especialmente la libre circulación de bienes. En estos casos han sido numerosos los preceptos penales que castigaban la puesta en circulación de por ejemplo un alimento dentro de un país procedente de otro Estado miem-

⁴⁷ TEDH, 19 de diciembre de 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, Application n.º 15153/89

⁴⁸ TEDH, 3 de julio de 1995, *Hentrich v. France*, Application n.º 13616/88. En *Durgeon* la idoneidad parece tener también cierto peso en la argumentación del Tribunal, cuando reprocha a Irlanda del Norte que no ha aportado una «suficiente justificación en el dato del riesgo de daño a los sectores vulnerables de la sociedad que requieren una protección» TEDH., 22 de octubre de 1981, *Durgeon v. Ireland*, Application n.º 7576/76

⁴⁹ Council Conclusions (not 2), p. 3

⁵⁰ TJUE, 13 de noviembre de 1990, *The Queen v.s The Minister of Agriculture*, C- 331/88, EU: C:1990:391; TJUE 12 de julio 2001, *Jippes*, C-189/01, EU: C:2001:420; TJUE, 7 de septiembre de 2006, *Kingdom of Spain v Council of the European Union*, C-310/04, EU: C:2006:521; TJUE, 4 de octubre de 2007, *Erhard Geuting v Direktor der Landwirtschaftskammer Nordrhein-Westfalen für den Bereich Landwirtschaft*, C- 375/05, EU: C:2007:574.

bro, cuando no cumplía con requisitos de calidad o de producción característicos de dicho producto. El TJUE en lugar de la prohibición de circulación y la consiguiente sanción, ha exigido con frecuencia, como medida alternativa, un correcto etiquetado que diera la información necesaria al consumidor nacional. La noción de necesidad ha sido también utilizada en el control de la proporcionalidad de las medidas sancionadoras del mercado agrícola, mediante las que se pretende la lucha contra el fraude y la pronta recuperación de las sumas obtenidas de manera irregular. Como ha señalado el TJUE este tipo de sanciones «*sui generis*» resulta un medio alternativo menos lesivo que un sistema de multas⁵¹.

*Zoni*⁵² resulta un supuesto emblemático de este tipo de sentencias. El derecho penal alimentario italiano castigaba a quien comercializara pasta no confeccionada en exclusiva con grano duro. Alegaba el gobierno italiano que con ello se defendían los intereses de sus consumidores, acostumbrados a pasta de alta calidad. El Tribunal consideró desproporcionada la prohibición de comercializar este tipo de pasta, considerando igualmente eficaz como medio alternativo un correcto etiquetado. Es evidente que *Zoni* se produce en un ámbito de escasa deferencia. En el análisis de la necesidad de una medida es infrecuente que un Tribunal examine medidas alternativas que, como era éste el caso, ni siquiera habían sido tenidas en cuenta por el legislador.

La necesidad, aunque de manera marginal, ha sido también un criterio utilizado por la jurisprudencia del TEDH. Como ya hemos indicado, la argumentación del Tribunal para la comprobación de la proporcionalidad de una medida se aproxima a un balance global de las ventajas/desventajas de la medida en el que ocasionalmente puede aparecer el argumento de la necesidad.

En *Lehideux*⁵³ el Tribunal se ocupa de la sanción del negacionismo en Francia. El Tribunal señala que aunque la prohibición de estas conductas persigue un fin legítimo, la «seriousness of a criminal conviction» constituye una medida muy punitiva teniendo a la vista la existencia de medias alternativas como, particularmente, las de carácter civil. Igualmente en *Handyside*⁵⁴ el Tribunal se hace eco de la posibilidad de medidas menos restrictivas a la interdicción de la publicación de un libro, como es la posibilidad de publicarlo eliminando aquellas partes que se consideran contrarias al honor o a la moral pública.

⁵¹ T. TRIDIMAS, (not. 21), p. 157; en el jurisprudencia vid. ya TJUE, 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, C-11/70, par. 11 y las conclusiones del Abogado General, pp. 1147-1152.

⁵² TJUE, 14 de julio de 1998, *Zoni*, C-90/86, ECLI: EU: C:1988:403.

⁵³ TEDH, 23 de septiembre de 1998, *Lehideux and Sorni v. France*, Application n.º 55/1997/839/1045.

⁵⁴ TEDH, 7 de diciembre de 1976, *Handyside v. RU*, Application n.º 5493/72

La necesidad conecta con el más conocido de los principios liberales del derecho penal: el de *ultima ratio*. De nuevo, los documentos sobre política criminal de las instituciones europeas resultan de gran interés. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo señala que: «teniendo en cuenta que el uso excesivo de la legislación penal disminuye su eficacia, el derecho penal debe aplicarse como una medida de último recurso (*ultima ratio*) que aborde conductas claramente definidas y delimitadas, que no pueden abordarse eficazmente con medidas menos severas y que causan un daño significativo a la sociedad o a las personas»⁵⁵. La Comisión deriva también de este principio que la pena privativa de libertad debe constituir la última ratio de la última ratio⁵⁶.

Pese a la importancia del principio de *ultima ratio* y su conexión con la necesidad. El control de las decisiones del legislador utilizando este instrumento resulta extremadamente complejo. La necesidad exige del juez que ejerza de legislador imaginario y que plantee posibles alternativas a la pena, demostrando además que su utilización supondría un grado de idoneidad similar a la elegida por el legislador. No es de extrañar que ante lo complejo de este ejercicio, la necesidad se limite a los casos extremos o a lo sumo planté como alternativa alguna de las medidas que ha barajado el legislador en sus proyectos. Por esta razón resulta muy importante, el que la Comisión Europea vincule la necesidad con una obligación de argumentar por parte del legislador.

2.2.4 PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

La tercera parte del test de proporcionalidad es la denominada proporcionalidad *strictu sensu*. Metodológicamente esta parte del test implica un ejercicio de ponderación: debe existir una relación razonable entre la importancia del fin perseguido y el medio empleado (la prohibición de una conducta y su sanción). Ello requiere que se identifiquen, primero, las consecuencias positivas que se desprenden de la restricción de derechos y, segundo, las consecuencias negativas. Un tercer paso exige asignar un valor o peso a cada uno de los aspectos positivos y negativos. Finalmente –cuatro– habría que medir si las magnitudes positivas, superan de manera significativa a los efectos negativos. La proporcionalidad en sentido estricto previene que puedan imponerse san-

⁵⁵ COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, (not. 2).

⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION, (not. 2).

ciones excesivas buscando fines preventivos o fines que no resultan esenciales para la sociedad⁵⁷.

Ni en la jurisprudencia del TEDH y ni en la del TJUE la proporcionalidad en sentido estricto se aprecia siguiendo de manera rigurosa un método de ponderación como el apuntado. En la jurisprudencia del TEDH se trata de constatar simplemente si ha existido una «relación adecuada».⁵⁸ El TEDH determina en primer término cual es la intensidad con que la conducta prohibida afecta al interés tutelado, para a continuación comparar esta gravedad con la restricción del derecho implicado.

Un ejemplo bastante depurado lo encontramos en el caso de la expulsión de extranjeros como consecuencia de la comisión de un delito. A partir del asunto *Boulif*⁵⁹, la Corte va ofreciendo un listado de circunstancias que deben tenerse en cuenta para valorar la gravedad de la afectación a la vida familiar, que deben ser utilizadas por el juez para examinar si existe una «relación adecuada» con la protección del orden público. *Grigoriades*⁶⁰ resulta también otro buen ejemplo de este modelo de argumentación en lo concerniente a la libertad de expresión. En este caso se trataba de analizar por ejemplo si una pena de tres meses resultaba proporcionada por un delito de desertión. *Grigoriades* se había negado a cumplir una sanción disciplinaria consistente en la prolongación del servicio militar que le había sido impuesta por criticar al ejército como institución. La Corte comienza valorando el grado de intensidad con que el comportamiento de *Grigoriades* ha afectado a la disciplina. Para ello valora que las críticas al ejército como institución se hicieron en una carta enviada a un oficial, sin mayor difusión. Dada la escasa afectación a la disciplina el Tribunal considera, sin mayores argumentaciones, que la sanción impuesta resulta desproporcionada.

La proporcionalidad en sentido estricto también está reflejada en la jurisprudencia del TJUE y ha tenido un especial protagonismo en el control de la proporcionalidad de las sanciones procedentes de los estados miembros que afectaban una libertad europea. Igualmente se ha aplicado en ocasiones a las sanciones *sui generis* del mercado agrícola en aquellos supuestos en que la *forfeiture* resultaba tremendamente gravosa a la luz de la gravedad de la sanción.

⁵⁷ Cfr. P. ASP, «The Substantive Criminal Law Competence of the EU Law», *Stiftelsen Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, 2012., p 196.

⁵⁸ Cfr. C. GRABENWARTER, (not. 29) 116 s.

⁵⁹ TEDH, 2 de agosto de 2001, *Boulif v Switzerland*, Application n.º 54273/00.

⁶⁰ TEDH, 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades v. Greece*, Application n.º 121/1996.

En el caso *Skanavi*⁶¹ Alemania sancionaba con penas privativas de libertad de hasta ocho meses y con multa a quien condujera sin un permiso de conducir válido, lo que incluía el caso de ciudadanos procedentes de otros Estados que no había cumplido con la obligación de canjear el permiso de su país de origen en Alemania. El caso resulta de gran interés porque el Tribunal examina de manera separada la proporcionalidad de la obligación de canjear el permiso y la de la sanción que lleva aparejada el incumplimiento de esta obligación. El Tribunal consideró que no constituía una restricción proporcionada de la libre circulación de personas exigir la convalidación del permiso en Alemania. Ahora bien, su opinión fue diferente en lo que respecta a la sanción impuesta. Debido al carácter formal del incumplimiento de esta obligación, considera que una sanción penal resulta excesiva y por tanto incompatible con la libre circulación de movimientos. En estos casos la desproporción suele aparecer mediante una *tertium comparationis*: no puede compararse la gravedad de la conducta de conducir sin permiso, con la de conducir con la de un permiso válido en otro estado miembro pero que no ha sido canjeado. La sombra de la discriminación de ciudadanos de otros Estados Miembros tiene sin duda un peso relevante en la apreciación de la falta de proporcionalidad. Más clara aún es la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto en el caso *El Dridi*⁶², al que ya se ha hecho referencia. El TJUE considera que una pena privativa de libertad resulta desproporcionada cuando se impone «por el único motivo de que un nacional de un tercer país, tras serle notificada una orden de salida del territorio nacional y una vez finalizado el plazo que esa orden fijó, permanezca de forma irregular en el territorio de un Estado miembro».

3. LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

El artículo 49 de la Carta recoge el principio de proporcionalidad de las penas, que se encuentra también expresamente en algunas constituciones nacionales, como la francesa. Existe una fuerte tendencia a considerar que la proporcionalidad de las penas se corresponde con la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, resulta más correcto considerarlos como principios diferentes y, a la vez, complementarios. El principio de proporcionalidad que

⁶¹ TJUE, 29 de febrero de 1996, Criminal proceedings against Sofia Skanavi and Konstantin Chrysanthakopoulos, C-193/94, EU: C:1996:70.

⁶² TJUE (Sala Primera), 28 de abril de 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU, EU: C:2011:268.

hemos estudiado mira al futuro. Limita la severidad de los castigos atendiendo a un fin futuro como es la prevención de nuevos delitos. Es aquí donde limita los excesos del legislador. Para ello la referencia clave es la importancia del interés que se protege y la idoneidad del comportamiento para ponerlo en peligro. La proporcionalidad de las penas atiende sin embargo al pasado, al delito que se ha cometido, busca que la sanción se adapte a la gravedad de la conducta del autor. Exige que se tenga en cuenta las circunstancias concretas del caso y sobre todo y muy especialmente la relación entre la infracción del autor. La proporcionalidad de las penas mira fundamentalmente al autor y al delito efectivamente cometido⁶³. Como la relación autor-infracción o las circunstancias del caso pueden cambiar de caso a caso, la proporcionalidad en sentido estricto tiene por ello como requisito previo que el legislador conforme sanciones que sean susceptibles de ser graduadas.

La proporcionalidad en las penas, de ahí la complementariedad, supone un límite adicional a la proporcionalidad. Una sanción podría ser considerada razonable en atención a los objetivos de prevención aunque no tuviera en cuenta el grado de relación que existe entre el autor y la infracción (por ejemplo, que el autor es inimputable o se encuentra en una situación de error). Igualmente, en el marco del principio de proporcionalidad el legislador es absolutamente libre de acoger el fin de la pena que considere más conveniente. Así por ejemplo si escoge la inocuización podría establecer penas muy largas, en relación a delitos leves; si acoge la prevención general, también es libre de aumentar lo que estime necesario la pena en aras a intimidar etc. En realidad, solo la retribución, como fin de la pena, permite fijar un límite que se adecúa a la gravedad del hecho, lo que ocurre en este caso –paradójicamente– es que la pena conforme a la retribución podría ser en determinados casos no necesaria y por tanto desproporcionada.

La proporcionalidad de las penas situada en el artículo 49.3 CEDF no tiene un carácter utilitarista como el principio de proporcionalidad, su función radica en que la pena guarde relación con el hecho cometido y la responsabilidad que en él ha tenido el autor. Por ello obliga a ir por debajo de criterios preventivos, por ejemplo, cuando una persona tiene afectadas sus capacidades o, por cualquier otro motivo, no ha actuado de manera totalmente responsable. En el derecho penal de algunos Estados Miembros esta exigencia se expresa indicando que las penas deben atender al grado de culpabilidad. Este postulado exige no sólo una correspondencia positiva entre pena y culpabilidad, sino que también impone un límite. Las características personales del autor, especial-

⁶³ Cfr. ASP P., (not. 57) pp. 196-197.

mente su peligrosidad, no pueden servir para imponer una sanción más elevada que la que corresponde por el hecho realizada.

Dadas las características del Derecho de la Unión esta faceta del principio de proporcionalidad de las penas, y que está estrechamente relacionada con el principio de culpabilidad no ha sido abordada aún por la doctrina del Tribunal, como tampoco lo ha sido por el TEDH. Sin embargo, se trata como después veremos de una tradición común que debe ser incorporada al contenido del principio de proporcionalidad de las penas en el Derecho de la Unión. El TJUE ha asentado la importancia de la proporcionalidad de las penas en ámbitos muy diferentes a los que han sido objeto de atención por el derecho nacional. El primero de ellos han sido las sanciones del mercado agrícola, a las que ya hemos hecho varias veces referencia. El segundo es el derecho de la competencia, donde la proporcionalidad de las penas exige una graduación de la sanción que atienda a las circunstancias del caso.

En el primero de los sectores aludidos, *Atalanta*⁶⁴ puede considerarse uno de los *leader cases*. En este supuesto se discutía la proporcionalidad de la pérdida de la fianza (*deposits*) que se ha de pagar en los casos en que se obtiene una subvención para el almacenamiento de productos, cuando no se cumplan las obligaciones que impone la administración. El Tribunal considera que la regulación europea resulta contraria al principio de proporcionalidad, en cuanto que la fianza se pierde en su totalidad como consecuencia de cualquier tipo de incumplimiento. El Tribunal exige un sistema de sanciones que permitan ser graduadas en atención a la gravedad de la infracción y las diversas circunstancias del caso⁶⁵. Las sanciones más graves propias del Derecho de la Unión son las existentes en el Derecho de la competencia, donde además existe una copiosa jurisprudencia relativa los criterios de *sentencing*. *Amman & Schöne*⁶⁶ es un caso relativamente reciente donde el Tribunal enfatiza la importancia del principio de proporcionalidad de las penas: «En lo que respecta al cálculo de las multas, la gravedad de las infracciones debe determinarse en función de numerosos factores y es importante no conferir a uno u otro de esos factores una importancia desproporcionada en relación con otros factores. En este contexto, el principio de proporcionalidad exige que la Comisión fije la multa de manera proporcional a los factores que se tienen en cuenta a los efectos de evaluar la gravedad de la infracción y tam-

⁶⁴ TJUE, 21 de junio de 1979. *Atalanta Amsterdam BV v Produktschap voor Vee en Vlees*, 240/78, EU: C:1979:160.

⁶⁵ Un caso similar es TJUE, 20 de febrero de 1979, *Buitoni*, C-122/78., ECLI: EU: C:1979:43

⁶⁶ TJUE, 28 de mayo de 2010, *Amann & Sonne*, T-446, ECLI: EU: T:2010:165

bién que aplique esos factores de manera coherente y objetivamente justificada».

La consagración del principio en el ordenamiento europeo exige no sólo que sea un límite a las sanciones propias de la UE, sino que sea respetado por los Estados Miembros cuando establecen e imponen sanciones que tienen su origen en el derecho de la Unión, porque por ejemplo sancionan infracciones de la normativa europea.

El caso más significativo en este terreno es *Urban*⁶⁷, que es totalmente coherente con la doctrina que se desprende de *Atalanta*. Se trataba de una sanción penal nacional en la que se establecía una multa fija por la infracción de varias obligaciones contenidas en un Reglamento de la UE relativo al control de los tiempos de descanso en el transporte por carretera. El Tribunal señala que la proporcionalidad es un principio de la Unión que los Estados han de respetar y resulta contrario a él la normativa húngara que sanciona con una pena fija la infracción de obligaciones de importancia muy diversa, alguna de las cuales tienen un claro carácter accesorio: «Por consiguiente, la imposición, para toda infracción [...] de una multa a tanto alzado que no module el importe de ésta en función de la gravedad de la infracción resulta desproporcionada respecto de los objetivos que se persiguen con la normativa de la Unión».

Sección II. Dimensión comparada

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre los principios generales de la UE los de los EEMM debe estar basada en el diálogo. No se trata sólo de una actitud, es un principio metodológico que ha de observarse recíprocamente: la construcción del principio en la UE debe atender a los aspectos comunes que existen en los estados miembros y, viceversa, los derechos nacionales deben ser permeables a los contenidos supranacionales del principio. Este apartado tiene como finalidad facilitar el diálogo, mostrando distintas evoluciones y aspectos de la jurisprudencia de los Estados Miembros que deben ser tenidos en cuenta por el legislador europeo para una futura evolución del principio.

⁶⁷ TJUE, 9 de febrero 2012. *Márton Urbán v Vámés Pénzügyőrség Észak-alföldi Regionális Parancsnoksága*, C-210/10, ECLI: EU: C:2012:64.

No obstante, antes de nada conviene examinar si y en qué medida el principio de proporcionalidad es común a los países de la UE⁶⁸. La forma de entender el principio de proporcionalidad en el artículo 53 de la CEDF conecta con la concepción del principio que existe en España, Alemania, Italia, Polonia, Portugal o Grecia. En otros países, el principio de proporcionalidad, o fórmulas cercanas como el *bilan de cout-advantages* en Francia⁶⁹, está muy extendido en el control de los actos de la administración, pero no como herramienta de control al legislador.

En el RU el principio de supremacía del parlamento sitúa el control del legislador en el denominado *Wednesbury test* que no permite ir más allá de lo «manifestamente irrazonable»⁷⁰. En el Derecho inglés el principio de proporcionalidad se estaba abriendo paso en relación a la aplicación de normas o medidas procedentes del derecho de la UE⁷¹. Más allá de este ámbito, el principio de proporcionalidad tiene cabida, fundamentalmente, como criterio de *sentencing* en relación a la pena de multa. La noción de proporcionalidad aparece en otras ocasiones conectada al ahorro de costes por parte de la administración de justicia pero no ligada a la protección de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, ocurre en relación al principio de oportunidad procesal. La normativa que regula este principio indica que a la hora de ejercer la acción penal deben tenerse en cuenta: i) la gravedad del delito, ii) la complejidad del asunto, iii) la gravedad de las consecuencias para el acusado y otros afectados, y iv) las necesidades de otros casos»⁷².

La estructura tripartita del principio de proporcionalidad tampoco es la más frecuente. Esta forma de proceder analítica y minuciosa es una realidad únicamente en Alemania. Incluso en países como España donde se ha acogido en varias decisiones del TC, en otras se deja de lado, centrándose el análisis en la proporcionalidad en sentido estricto. Una constante de la jurisprudencia constitucional comparada es la conexión entre los principios constitucionales que informan el derecho penal, que a veces los hace intercambiables como herramientas de control. Así por ejemplo en Italia pese a que la Corte Constitucional reconoce expresamente el principio de proporcionalidad en materia

⁶⁸ Vid. Sobre el principio de proporcionalidad en los diversos países, N. EMILOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer, 1996; E. ELLIS (not. 21), *passim*; KUTSCHER *et al.*, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1985

⁶⁹ Arrêt del Conseil de Etat Ministère de l'Équipement et du logement C Fédération de défense des personnes concernés par le projet actuellement dénommé Ville Nouvellé Est. 28.5.1971.

⁷⁰ *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KG 223.

⁷¹ R (on the application of Lumsdon and others) (Appellants) v Legal Services Board, [2015] UKSC 41.

⁷² Court of Appeal in *Jisl* [2004] EWCA 696» (Blackstone's Criminal Practice, p. 1377)

penal, utiliza con más frecuencia otros contenidos de naturaleza similar como los de *offensivita*, *eguaglianza* o la *ragionevolezza*. Esta «intercambiabilidad» de los principios constitucionales demuestra que no son principios cerrados, sino complementarios. Todos ellos atienden a una finalidad común: garantizar la máxima libertad y respetar la dignidad de la persona en el ejercicio del *ius puniendi*.

2. *IUS COMMUNE*

2.1 Proporcionalidad y bien jurídico protegido

Al analizar la vertiente supranacional del principio de proporcionalidad constatamos que había dos líneas jurisprudenciales diferentes en relación a la importancia de los intereses merecedores de protección penal. Mientras que al TEDH le bastaba con que el interés tutelado fuera compatible con una sociedad democrática, el TJUE en *Digital Rights*⁷³ ha establecido un nivel de exigencia mayor: «interés reconocido por el Derecho de la Unión o necesidad de proteger derechos fundamentales de otras personas». La misma tensión se encuentra en los estados miembros.

El concepto de bien jurídico probablemente sea uno de los aspectos que más diferencia el modo de entender el derecho penal en países como Francia o Reino Unido de otros como Alemania, Italia, España, Portugal y en general todos los países nórdicos.⁷⁴ En todos estos ordenamientos resulta fundamental la idea de que la función del derecho penal se encuentra en la protección de bienes jurídicos. Esta afirmación conecta con la idea ilustrada de castigar únicamente comportamientos socialmente dañosos y, de este modo, con el *harm principle* propuesto por Bentham y que sigue hoy imperando en los países anglosajones.

Durante los años setenta del pasado siglo, y a partir de la obra del penalista italiano Franco Bricola se viene manteniendo la idea de que los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal deben tener relevancia constitucional, a diferencia del resto de intereses o bienes jurídicos relevantes en el resto del ordenamiento. Su argumento en síntesis es el siguiente: La Constitución italiana atribuye un valor esencial a la libertad personal, afirmación que puede

⁷³ TJUE, 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12, C-594/12. EU: C:2014:238.

⁷⁴ Vid. R. HEFENDEL *et al.* (ed), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, 2003; (= *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, 2007).

aplicarse sin duda al resto de los ordenamientos jurídicos. De aquí se deduce que la «máxima restricción de la libertad personal, que es la que tiene lugar efectiva o potencialmente a través de las sanciones penales [...] solo puede ser adoptada en presencia de bienes, los cuales aunque no sean de importancia similar a la libertad personal, como bien sacrificado, tengan al menos relevancia constitucional»⁷⁵.

La idea de que el derecho penal, a diferencia de otros sectores del derecho, sólo puede tutelar bienes jurídicos especialmente relevantes ha sido acogida – aunque con pocas consecuencias prácticas – por el TC italiano. El TC español, aunque con una formulación algo menos contundente ha expresado una idea similar: «la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta» debe realizarse «con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho»⁷⁶. Más claramente el Tribunal portugués ha extraído directamente del principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución el requisito de que únicamente puedan ser tutelados penalmente bienes revestidos de «dignidad penal». A partir de este argumento se ocupado de la «dignidad penal» de delitos como el enriquecimiento injusto o las «molestias sexuales» (art. 170 CP)⁷⁷. Frente a esta tendencia constitucional resulta extremadamente llamativa la contundencia con que el TC alemán se ha negado a dotar de rango constitucional a la teoría del bien jurídico:

«Las normas penales, desde el punto de vista de la Constitución no requieren de requisitos adicionales en relación a los fines que pueden perseguir. Especialmente estos no pueden derivarse de la teoría penal del bien jurídico. [...] este concepto, entendido y aplicado como criterio de control constitucional, contradice el que de acuerdo con el ordenamiento constitucional es competencia del legislador democráticamente legitimado determinar, al igual que ocurre con los fines de la pena, cuáles son los bienes que deben ser protegidos a través del derecho penal y adaptar las normas a la evolución de la sociedad». Mediante esta argumentación, el TC ha reconocido la legitimidad de proteger penalmente la estructura familiar a través del delito de incesto⁷⁸.

En la práctica, sin embargo, la distancia entre aquellos tribunales que parecen mantener una posición menos deferente y la doctrinal del TC alemán no existe demasiadas diferencias. Los tribunales constitucionales que han ad-

⁷⁵ F. BRICOLA, *Teoria General del Reato*, Novissimo Digesto Italiano, 1973.

⁷⁶ STC 104/1988, FJ 2.

⁷⁷ TC, 20 de febrero de 2013, Acórdão N. 105/2013.

⁷⁸ BVerfG 120, 224.

mitido la relevancia constitucional del bien jurídico conceden un gran margen de apreciación al legislador. Hasta la fecha ningún delito ha sido declarado contrario a la constitución por estimar que no tutela un interés lo suficientemente importante. Así por ejemplo la Corte italiana ha dado el visto bueno a la totalidad de preceptos que han sido impugnados por este motivo, admitiendo bienes jurídicos como por ejemplo la protección de la «disciplina militar»⁷⁹.

La jurisprudencia constitucional ha dejado también claro que los intereses que legítimamente puede proteger el derecho penal no tienen por qué reducirse a la tutela de los derechos individuales. Como señala el TC alemán el derecho penal puede castigar conductas que son peligrosas para la salud individual, pero también puede proteger que la «vida en común se configure de tal manera que quede libre de las consecuencias dañosas que trae consigo el tráfico de drogas»⁸⁰. E igualmente el Tribunal constitucional italiano admite que puedan tutelarse penalmente bienes puramente instrumentales como «la gestión de los flujos migratorios»⁸¹, que tienen como finalidad proteger de manera previa un conjunto de intereses públicos «finales» con relevancia constitucional, que pueden verse afectados por la inmigración irregular.

No puede por tanto decirse que en la actualidad exista un concepto jurídico penal de bien jurídico derivado del principio de proporcionalidad, ni mucho menos que el bien jurídico penal sea un canon autónomo de control constitucional. En realidad todos estos casos tienen una estructura similar a la que hemos visto en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE: En relación a un determinado derecho fundamental se examina si la restricción que efectúa la norma penal es proporcional. Los supuestos más importantes han estado relacionados nuevamente con la libertad de expresión, pero también hay supuestos relativos a la libertad de manifestación, al derecho de asociación etc.

Así, por ejemplo, el TC italiano en los años sesenta realizó una interpretación restrictiva del delito de apología (art. 414.3.º) con el fin de hacerlo compatible con la libertad de expresión. La apología sólo puede constituir un hecho punible cuando consista en expresiones concretamente idóneas para provocar la comisión de un delito, trascendiendo a la pura y simple manifestación del pensamiento⁸². En Alemania son conocidas las sentencias sobre «las sentadas». El TC consideró que el derecho de manifestación obligaba a interpretar de manera restrictiva el término «violencia» en el delito de coacciones,

⁷⁹ Cort. Cost. Sent 519/2000.

⁸⁰ BVerfGE, 90, 145 (174).

⁸¹ Cort. Cost. Sent. 250/2010.

⁸² Corte Cost. Sent. 23 de abril de 1970.

con independencia de cuáles fueran los fines que persiguieran los manifestantes⁸³.

En España, la STC sobre la «Mesa Nacional de Herri Batasuna» es otro buen ejemplo de que en realidad lo importante para el control constitucional es la colisión de la norma penal con un derecho fundamental. Los dirigentes de este partido político fueron condenados por el delito de colaboración con banda armada con penas privativas de libertad relativamente elevadas, por difundir un video de la organización terrorista ETA. El TC, tras analizar la idoneidad y la necesidad del delito, considero que este era contrario al principio de proporcionalidad en sentido estricto, en cuanto que las penas resultaban excesivas atendiendo a la gravedad concreta de la conducta. En su argumentación fue sin embargo decisiva la forma en que afectaban las penas a la libertad de expresión a través del denominado *chilling effect*. La argumentación del TC español revela muy bien el carácter integrador de distintos argumentos con relevancia constitucional que tiene la proporcionalidad en sentido estricto. Si se trata de establecer los «costes» que para la libertad tiene un determinado delito, en el balance puede aparecer sin duda el que sea indeterminado y el que, como consecuencia de esta falta de taxatividad y las altas penas que se establecen, haya ciudadanos que decidan no ejercer su derecho fundamental. Esta doctrina, procedente del TS de los EEUU, ha sido también invocada en ocasiones por el TEDH⁸⁴.

2.2 Delitos de peligro, de sospecha y de posesión

Como antes hemos visto, el debate sobre la idoneidad, tanto en la jurisprudencia del TEDH como del TJUE, no ha tenido hasta la fecha una gran importancia práctica y además las escasas sentencias existentes no se han ocupado de examinar problemas de idoneidad que afecten específicamente al derecho penal. La jurisprudencia de los Estados Miembros nos sirve por ello para focalizar cuáles son los puntos conflictivos en relación a la idoneidad. Los delitos de peligro abstracto se encuentran sin duda en la primera línea de la zona de conflicto. La idoneidad exige, como primer paso, que la conducta prohibida sea capaz de lesionar o poner en peligro el interés tutelado y ello se aviene mal como la naturaleza de estos delitos. El debate que ha tenido lugar ante los jueces constituciona-

⁸³ BVerfG 73, 206 y BGHSt 35, 270 (274).

⁸⁴ M. CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal, libertad de expresión y efecto de desaliento*, en LASCURAIN SANCHEZ J. A./RUSCONI (not. 9).

les especialmente en Italia y Alemania se ha centrado en uno de los ejemplos por excelencia de esta clase de delitos: el tráfico de drogas. Las sentencias se han centrado en la idoneidad para poner en peligro el bien jurídico protegido de conductas como el tráfico de pequeñas cantidades de hachís.

Los resultados han sido similares. En ambos casos consideran que la idoneidad o lesividad de una conducta para afectar al interés protegido es algo que debe examinarse por el juez o incluso resolverse procesalmente por la vía del principio de oportunidad. Como señala el TC italiano, pese al carácter generalmente idóneo de la prohibición y de la pena, siempre es posible que en el caso concreto se sancionen conductas donde la pena resulta desproporcionada, debido a su bajo grado de lesividad, de culpabilidad o a la falta de sentido de la pena tanto desde el punto de vista preventivo general como especial⁸⁵. El TC alemán ubica esta ponderación, relativa a la proporcionalidad de la conducta en concreto, en la proporcionalidad en sentido estricto. La tarea a realizar por el juez, o por el fiscal, consiste en una ponderación global sobre la adecuación de la pena que solo puede hacerse por el juez a la vista del conjunto de circunstancias que rodean al comportamiento (peligrosidad), pero también al autor (grado de culpabilidad) y a la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. La proporcionalidad del precepto depende por ello de que existan mecanismos para no sancionar en el caso concreto este tipo de comportamientos. Estos pueden tener carácter procesal, como el principio de oportunidad, o pertenecer al derecho material, ya sea a través de interpretaciones restrictivas o de cláusulas que excluyen la sanción de comportamientos insignificantes⁸⁶.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado también de la compatibilidad con el principio de idoneidad de los delitos de posesión. Este tipo de delitos se caracteriza porque el legislador más que un determinado comportamiento encaminado a atacar el bien jurídico, sanciona la simple tenencia de un objeto que considera peligroso. El supuesto más clásico es la tenencia de llaves falsas o de otros instrumentos (ganzúas) que son aptas para el robo, pero igualmente puede considerarse dentro de este grupo de delitos la tenencia de drogas o de armas. Modernamente estos delitos han proliferado y así por ejemplo en algunos países se sanciona la fabricación, comercio o tenencia de programas informáticos que pueden ser utilizados en la realización de estafas informáticas (art. 248 del CP, art. del Convenio sobre cibercriminalidad) o la neutralización de dispositivos técnicos destinados a proteger pro-

⁸⁵ Corte cost. Sent. N. 333/1991.

⁸⁶ BVerfG 90, 145.

gramas de ordenador (art. 270.6 CP). Los delitos de posesión son un tipo de delitos de peligros abstracto, que además de los problemas constitucionales de este tipo de delitos, se conforman en ocasiones como delitos de sospecha, con el fin de facilitar la actividad probatoria. En ellos la pena no guarda realización con la gravedad de la conducta que efectivamente se ha realizado, sino con una más grave que el legislador presume a partir de ciertos hechos. En cuanto que la pena se establece en relación a una infracción no cometida por el autor resulta evidente que violan el principio de proporcionalidad y de culpabilidad.

El TC italiano se ha ocupado, en este sentido, de la constitucionalidad del delito previsto en el artículo 708 del CP que sancionaba la posesión injustificada de bienes que no se corresponden con la situación económica sin indicar cuál es su origen y el delito que castigaba la tenencia de llaves falsas u otros instrumentos aptos para el robo. Mientras que este último delito fue considerado adecuado a la constitución, considero que el primero violaba el principio de «razonabilidad»⁸⁷.

2.3 Derecho penal de autor y principio de proporcionalidad

La legitimidad de los delitos de posesión y de sospecha conecta en última instancia con la discusión relativa a la legitimidad constitucional del derecho penal de autor, en cuanto que en ellos subyace la pretensión de castigar exclusivamente una intención o un estado (v.gr., mendicidad, alcoholismo). De acuerdo con una opinión extendida en la doctrina italiana, española y alemana la pena no puede basarse en la intención del autor, la expresión de meras ideas, en actitudes internas o en factores personales. Se trata de una concepción amplia de la máxima liberal *cogitationis poenam nemo patitur*. El TC español ha señalado expresamente «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos»⁸⁸. El TC italiano examinó también el término «clandestino» desde el prisma del derecho penal de autor, considerando que el legislador no había querido tipificar una forma de ser o un estado, sino comportamientos como concretos⁸⁹.

⁸⁷ Cort. Cost., Sent. N. 370/1996.

⁸⁸ STC 150/1990, FJ 4.

⁸⁹ Cort. Cost., Sent. 250/2010.

El derecho penal de autor dependiendo de sus manifestaciones violaría en unos casos el principio de legalidad que para algunos exige implícitamente que sólo puedan prohibirse penalmente hechos. Pero también, el derecho penal de autor puede entenderse contrario al principio de proporcionalidad, pues una intención o una forma de ser por sí sola no pueden considerarse idóneas para lesionar un bien jurídico. Veamos algunas sentencias paradigmáticas de esta orientación.

En algunos ordenamientos, como el italiano o el alemán, existe un delito de embriaguez. La estructura típica de este delito exigía que además de la embriaguez, el autor hubiera cometido un delito doloso contra la vida o la salud. Esta última condición tiene carácter objetivo y no tiene por qué ser prevista por el autor. Tal como señala la Corte italiana, está claro que «el delito, más allá de cual fuera la intención del legislador, acaba por castigar no tanto la embriaguez en sí, sino una cualidad personal del sujeto [...] una infracción que conlleva, por tanto, las características del derecho penal de autor, en abierta contradicción con el principio de ofensividad del delito, que en su concepción abstracta constituye un límite impuesto por la Constitución». ⁹⁰ La Corte constitucional italiana ha utilizado un enfoque similar, al abordar el delito de clandestinidad. El tribunal insiste en que la idoneidad impide construir un tipo penal sobre la base de características personales. Tal como indicó la Corte, agravar las penas de cualquier delito por el hecho de que el autor sea un «clandestino», no es un medio idóneo para luchar contra la inmigración ilegal. En Alemania continua sin embargo vigente un tipo penal de embriaguez.

El castigo de delitos de opinión se examina constitucionalmente como una restricción desproporcionada de la libertad de expresión. Este es el camino seguido por el Tribunal Constitucional español en relación con el delito de negacionismo, definido como «la difusión, por cualquier medio, de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen» el delito de genocidio. La utilización del derecho penal sólo es posible cuando la expresión de una idea resulta en una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias, o si es apta para la discriminación de grupos o personas por su etnia, raza, etc. ⁹¹.

⁹⁰ Cort. Cost., Sent. 249/2002.

⁹¹ STC 235/2007.

3. TENDENCIAS COMUNES

3.1 Principios actuando en red

Un elemento constante en la jurisprudencia constitucional comparada es la conexión entre los principios constitucionales que afectan al derecho penal, que en un buen número de casos resultan intercambiables con los instrumentos de revisión. Por ejemplo, en Italia el Tribunal Constitucional utiliza con mayor frecuencia conceptos y principios como *offensività*, *eguaglianza* o *ragionevolezza*. Sólo muy recientemente, en realidad, ha aplicado, en lugar de estos principios, la prueba de proporcionalidad⁹². Esta «intercambiabilidad» de los principios constitucionales demuestra que no son principios autónomos sino complementarios. Todos ellos sirven a un propósito común: asegurar la máxima libertad y respetar la dignidad humana en el ejercicio del *ius puniendi*.

Esta relación de complementariedad es especialmente importante en relación con el principio de determinación: cuanto más vago e indeterminado sea un precepto menos proporcionado será porque abarcará supuestos no idóneos o donde la pena aparezca como excesiva⁹³. De este modo, como veremos, el principio de proporcionalidad exige con frecuencia interpretaciones restrictivas de los elementos de un delito, que aumentan su determinación. Igualmente son conocidas las relaciones entre la retroactividad favorable: un castigo no resulta necesario cuando el legislador tras los hechos lo ha suprimido o reducido⁹⁴. El *ne bis in idem* conecta también con la prohibición del exceso, como muestra la construcción del principio que realizó el TJUE en materia de competencia a partir del caso *Walt Wiheim*⁹⁵. Las relaciones son aún más claras con muchos de los aspectos del principio de culpabilidad que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, pueden también derivarse en buena medida del principio de proporcionalidad.⁹⁶ Otro ejemplo clarificador de la complementariedad de los principios constitucionales es la utilización por la jurisprudencia constitucional Italiana del artículo 27 de la Constitución que consagra la función reeducativa de la pena. Esta función sirve para exigir la *offensività*: la reeduca-

⁹² Corte Const., Sent. 10 de noviembre de 2016, n. 236. vid. F. VIGANO, Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena, (<http://www.penalecontemporaneo.it>)

⁹³ Vid. Capítulo I.

⁹⁴ Vid. Capítulo I, e igualmente J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, 2000.

⁹⁵ Vid. Capítulo 7, F. J., LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, 1998, pp. 387 ss.

⁹⁶ Vid. Capítulo 2, L. ARROYO ZAPATERO, «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones: Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», *Revista Penal*, n.º 3, 1999, pp. 5 ss.

ción carece de sentido cuando el autor realiza una conducta que no resulta objetivamente peligrosa para el interés protegido, y que se basa únicamente en la voluntad rebelde del infractor⁹⁷.

3.2 Inconstitucionalidad *v.* interpretación conforme a la Constitución

Como vimos al comienzo de este Capítulo, la noción de deferencia en el control constitucional es sin duda un elemento común a todo el control constitucional del legislador, ya se haga bajo el principio de proporcionalidad o de otros similares como la *offensivité*. Así por ejemplo, ocurre con el TC alemán. Pese a que éste ha declarado firmemente que el principio de proporcionalidad debe «tener una gran importancia en el examen de normas penales, que en tanto que sanción más grave de la que dispone el Estado expresan un juicio de desvalor ético social sobre el ciudadano», las sentencias que han anulado un precepto por violar este principio son «asombrosamente escasas». La situación es muy similar también en España. El TC ha aplicado el principio de proporcionalidad en más de doscientos casos, sin embargo, únicamente ha aplicado de manera directa el test de proporcionalidad a tres tipos penales y de estos sólo uno de ellos resultó declarado inconstitucional. Las cifras no son muy diferentes en Italia, Dinamarca, Francia y, por supuesto RU, donde existe aún una experiencia menor en el control de leyes penales. La proporcionalidad confiere además más margen de libertad al legislador que otros principios constitucionales como el de legalidad, el de *ne bis in idem* o incluso el de culpabilidad. Ello es así porque se trata de un principio, que exige ponderación, mientras el resto se configuran como reglas. La prohibición de una conducta puede ser más o menos proporcionada, pero no «más o menos» conforme al principio de legalidad.

La efectividad del principio de proporcionalidad como herramienta de control constitucional no debe medirse sin embargo en exclusiva en atención a las normas penales declaradas inconstitucionales. Este criterio en exclusiva arrojaría una imagen falsa sobre su importancia real. El análisis comparado muestra que los principios penales, y especialmente el de proporcionalidad, despliegan una gran efectividad a través de la «interpretación conforme a la constitución»⁹⁸. Este tipo de interpretación está tanto en manos de los tribuna-

⁹⁷ Corte Cost., Sent. 10 de noviembre de 2016, n. 236.

⁹⁸ L. KHULEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, 2012

les ordinarios, como de los jueces constitucionales, como consecuencia de la aplicación directa de la Constitución y su valor en el sistema de fuentes.

La doctrina ha elaborado una compleja clasificación de las sentencias interpretativas, pero simplificando podríamos reducirlas a tres. La primera de ellas es la interpretación orientada a la constitución. Se produce cuando el juez tiene en su mano varias posibilidades interpretativas de un precepto (A, B, C...), todas ellas conforme a la constitución, y elige una de ellas, con el argumento de que se orienta mejor a los valores constitucionales. El juez mediante esta decisión hace avanzar la vigencia del principio, lo que se corresponde con la concepción de estos últimos como mandatos de optimización. La interpretación que hace el Tribunal Supremo alemán del término «comerciar» del delito de tráfico de drogas (§ 29 BtMG) es un buen ejemplo. El Tribunal interpretó este concepto de manera restrictiva como «toda actividad desarrollada por interés, dirigida a hacer negocio». Aunque, tal como señaló el Tribunal existían otras interpretaciones posibles compatibles con la constitución, esta es la que mejor servía para la optimización de principios constitucionales como el de determinación –debido a la vaguedad del término– y el de proporcionalidad, en cuanto que la pena se adecuaba mejor a estos casos⁹⁹.

El segundo tipo es la interpretación conforme a la constitución *strictu sensu*, en el que el tribunal de varias opciones posibles (A, B, C...) escoge la única que resulta de acuerdo con la constitución¹⁰⁰. En Italia las sentencias interpretativas han sido muy habituales con el fin de hacer efectivo al principio de ofensividad, que equivale en gran medida a la idoneidad. Así por ejemplo ocurrió al discutir la constitucionalidad del delito de tenencia de explosivos. El tenor literal permitía que la tenencia de un simple «petardo» fuera constitutiva de delito. La Corte consideró que el precepto era conforme a la Constitución si se interpretaba conforme al principio de ofensividad¹⁰¹. En la jurisprudencia alemana este tipo de interpretación restrictiva es muy frecuente. Un caso muy conocido es la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el blanqueo de capitales en relación a los abogados defensores. El Tribunal mantiene en esta sentencia que en el caso de los abogados defensores es necesario una interpretación conforme a la constitución del delito, conforme a la cual solo resulta punible el abogado que tiene un conocimiento seguro acerca de que las cantidades con las que el cliente paga sus honorarios proceden de actividades delic-

⁹⁹ Cfr. L. KHULEN, (not. 98), pp. 25-26.

¹⁰⁰ En la jurisprudencia española, aunque no está relacionada con la aplicación del principio de culpabilidad, es emblemática de este tipo de interpretación la STC 105/1988 en relación al delito de tenencia de útiles para el robo.

¹⁰¹ Corte cost., Sent. n. 62/1986.

tivas. De otro modo, el tipo de blanqueo de capitales hubiera supuesto una intromisión excesiva en el derecho fundamental a la defensa. También es muy importante la sentencia que propone una interpretación restrictiva del delito de asesinato, con el fin de que se respete el principio de proporcionalidad de las penas. La pena asignada a este delito es la cadena perpetua¹⁰².

El tercer tipo de sentencias, son las denominadas sentencias aditivas. En ellas la interpretación conforme a la constitución lleva a incluir en el texto de la ley un nuevo elemento que no se prevé expresamente. Este tipo de sentencia modifica el contenido de la ley en cuanto que incluye un elemento no previsto o hace una restricción en el texto de la ley no expresamente prevista por el legislador. Constituye un buen ejemplo la sentencia del TC alemán sobre el delito de manifestación ilegal que castigaba cualquier manifestación sin que existiera una comunicación con antelación de cuarenta y ocho horas. El TC consideró, sin apoyo en el texto legal, que este precepto vulneraba la Constitución por constituir una afectación desproporcionada del derecho de manifestación en cuanto que *de facto* prohibía cualquier manifestación espontánea. Por esta razón realizó una «reinterpretación» del tipo penal indicando que las manifestaciones espontáneas debían ser comunicadas tan pronto como fuera posible, y que solo se cometía el delito cuando no se cumplía con esta obligación¹⁰³.

Las sentencias interpretativas plantean problemas, de un lado, con el legislador, y, de otro, con el juez ordinario cuando las realizan los jueces constitucionales. Los jueces constitucionales invaden competencias de los jueces ordinarios si realizan una interpretación conforme a los valores constitucionales. La opción de cuál es la mejor interpretación de varias posibles constitucionalmente corresponde a los tribunales ordinarios. La situación es similar cuando entienden que el precepto puede ser interpretado conforme a la constitución pero hay varias interpretaciones posibles. Estas corresponden a los tribunales ordinarios.

En este punto resulta especialmente significativa la jurisprudencia de la corte constitucional italiana sobre ofensividad en concreto y en abstracto. A la Corte le corresponde comprobar la idoneidad en abstracto del comportamiento prohibido por el legislador para poner en peligro el bien jurídico. Limitándose a declarar contrarias a la constitución prohibiciones arbitrarias. Al juez ordinario le corresponde por el contrario mediante una interpretación conforme al principio de proporcionalidad comprobar en concreto la idoneidad de la medi-

¹⁰² BVerfG 45, 1987.

¹⁰³ BVerfG 85, 69 (75 s), L- KHULEN, (not. 98) pp. 48 ss. La reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana sobre la suposición de parto es un claro ejemplo de sentencia aditiva. Vid. Corte cost., Sent. 10 noviembre 2016, n. 236.

da. De este modo, de un lado, se atiende al principio de conservación de las normas y, de otro, se traza un acertado reparto de papeles entre el juez ordinario y el juez constitucional, que actúa sólo en los casos en que la conducta prohibida de ningún modo pueda ser peligrosa. Este reparto de funciones es similar al que estableció el TC alemán en su sentencia sobre la cadena perpetua y su aplicación a los diversos casos de asesinato. La apreciación de la proporcionalidad de la pena dependía de los tribunales ordinarios mediante una interpretación restrictiva de los términos de «alevosía» o «intención de encubrimiento»¹⁰⁴.

Las sentencias aditivas invaden, por su parte, las funciones del legislador. Los jueces constitucionales deberían declarar la norma inconstitucional, pero no crear una nueva norma. Las verdaderas sentencias aditivas no consisten en una mera reducción teleológica de la norma, algo que es perfectamente posible, sino en dar un paso más y diseñar un tipo penal *ex novo*¹⁰⁵.

La sentencia de la Corte italiana¹⁰⁶ sobre el delito de suposición de parto es un claro ejemplo de este tipo de sentencia aditiva. La Corte declara que las penas del artículo 567 del CP donde se sanciona la alteración de estado civil del recién nacido, con penas que van de 5 a 15 años resultan hoy desproporcionadas, porque existen formas alternativas para la determinación de la paternidad que hacen que la inscripción registral tenga menos valor. No obstante, a continuación, la Corte evita que el precepto sea declarado inconstitucional indicando que la pena aplicable a estos casos debe ser la de otro delito similar previsto en el apartado del artículo. Un buen ejemplo de autorrestricción a la hora de formular sentencias aditivas, es la sentencia del TC español sobre el delito de negacionismo. Tras considerar que el delito tal como estaba tipificado en el artículo 607 del CP español violaba la Constitución, el Tribunal consideró que en este caso no puede hacer ningún tipo de sentencia interpretativa: «la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde».

La reflexión sobre la interpretación conforme a la Constitución, sobre su legitimidad y límites es útil para profundizar en el papel que los jueces nacio-

¹⁰⁴ BVerfG 45, 187 (267)

¹⁰⁵ L. KHULEN, (not. 98) pp. 136 s.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. 10 de noviembre de 2016, n. 236, vid. también Corte cost, sent. n. 341/1994.

nales y sobre todo el TJUE deben desempeñar cuando realizar una interpretación conforme al derecho de la Unión o la interpretación conforme a las directivas. Al igual que ocurre con los Tribunales Constitucionales nacionales el TJUE debe respetar tanto la función del legislador como la de los jueces nacionales, en cuanto que jueces del Derecho de la Unión.

3.3 Proporcionalidad prospectiva y retrospectiva

La distinción entre proporcionalidad prospectiva (principio de proporcionalidad) y retrospectiva (proporcionalidad de las penas), que hemos visto en el Derecho de la UE a partir de la CEDF, es también conocida en los Estados Miembros.¹⁰⁷ No obstante, no es ni mucho menos una posición unánime. Por ejemplo, el TC alemán señala en su sentencia sobre el incesto: «Por último, debe haber una ponderación general de la importancia del incesto y no debe exceder lo que se exige del destinatario de la prohibición en vista de la urgencia y la importancia de las razones que la justifican (proporcionalidad en sentido estricto). En el ámbito del derecho penal, del principio de proporcionalidad y del principio de culpabilidad se desprende que la pena debe guardar una relación adecuada con la gravedad del acto y la culpabilidad del autor»¹⁰⁸.

La distinción entre ambos principios es de vital importancia para entender los contenidos que tiene el principio en relación a las dos consecuencias jurídicas principales del delito: penas y medidas de seguridad. Las medidas de seguridad se imponen como es bien sabido atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del autor y en ellas el principio de proporcionalidad es el elemento clave en su regulación. La regla básica es que la medida de seguridad no puede ir más allá de lo necesario en atención a la peligrosidad del autor. Dado que todas las medidas de seguridad son limitativas de derechos, y en muchos casos del derecho a la libertad personal, el principio de proporcionalidad recobra aquí su función de límite a las intromisiones en los derechos fundamentales afectados. Resulta contraria al derecho fundamental afectado la medida de seguridad que vaya más allá de lo necesario para conjurar la peligrosidad del autor.

Así lo ha expresado por ejemplo el TC español en relación a la medida de internamiento: «entre las condiciones mínimas que debe cumplir una medida de

¹⁰⁷ Vid., por ejemplo, estableciendo una clara separación S. MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ/RUSCONI, (not. 9).

¹⁰⁸ BVerfG 120, 124.

internamiento [...] destaca la de que el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. En consecuencia, resulta obligado el cese del internamiento [...] cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo». ¹⁰⁹ Ante el TC español se ha planteado igualmente si la medida de seguridad debe ser proporcional al delito que se ha cometido. Correctamente el TC ha señalado que la proporcionalidad entre medida y delito cometido es una opción que legítimamente el legislador puede establecer (como de hecho ocurre en la regulación española), pero esta relación no viene exigida por el principio de proporcionalidad como límite a las intromisiones en los derechos fundamentales ¹¹⁰.

El principio de proporcionalidad prospectiva también es decisivo en las decisiones de los jueces constitucionales que han considerado que la pena prevista por el legislador resultaba excesiva en atención a la importancia del bien que se quería tutelar. La metodología que emplean los tribunales nacionales para considerar una pena desproporcionada es similar a la del TEDH y del TJUE: un ejercicio de ponderación en el que entra en juego la importancia del interés tutelado, la lesividad del comportamiento, las necesidades de prevención general, las consecuencias negativas que puede tener la imposición de la sanción (*chilling effect*), etc. ¹¹¹. En el Reino Unido esta vertiente de la proporcionalidad se ha utilizado también en relación al decomiso de bienes, tal como por otra parte establece también el Código penal español (art. 128) ¹¹². Como consecuencia de la vocación utilitarista de esta vertiente de la proporcionalidad, el juicio de proporcionalidad puede variar con el tiempo. La pena puede ser considerada proporcional en el momento del nacimiento del delito y después devenir desproporcionada, como ocurrió en Italia con el delito de falsedad en el estado de filiación del recién nacido. Son los supuestos que la corte denomina como «irrazonabilidad sobrevenida» ¹¹³.

¹⁰⁹ STC 112/1988.

¹¹⁰ STC 24/1993.

¹¹¹ STC 136/1999

¹¹² Supreme Court in *Waya* [2013] 1 AC 294: «It is clear law, and was common ground between the parties, that this imports, via the rule of fair balance, the requirement that there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed by the State in, *inter alia*, the deprivation of property as a form of penalty, and the legitimate aim which is sought to be realised by the deprivation. That rule has consistently been stated by the European Court of Human Rights: Vid. for example, its iteration in *Jahn v. Germany* (2006) 42 EHRR 1084, para 93 [...]» (par. 12); «[20] The difficult question is when a confiscation order sought may be disproportionate. The clear rule as set out in the Strasbourg jurisprudence requires examination of the relationship between the aim of the legislation and the means employed to achieve it»

¹¹³ Corte cost., sent. 354/2002, n. 440/1994.

La proporcionalidad retrospectiva (proporcionalidad de las penas) requiere en el plano supranacional, como ya hemos indicado, primero, que las penas sean graduables con el fin de adaptarse a las circunstancias del hecho y el grado de culpabilidad del autor y, segundo, que efectivamente el juez o la administración tenga en cuenta estas circunstancias en la graduación de la sanción. Estos dos contenidos del principio de proporcionalidad de las penas son sin duda comunes a todos los ordenamientos y por ello no van a ser objeto ahora de especial atención. Es significativa en este punto la discusión que existió en Alemania sobre la pena patrimonial regulada en el § 43 a StGB. Esta pena implicaba la imposición de una multa no adecuada a la gravedad del hecho sino al patrimonio del autor por lo que se consideraba por la doctrina que violaba el principio de proporcionalidad de las penas. El BGH procedió a una interpretación de la misma conforme a la constitución relacionándola con la pena de prisión impuesta y de este modo con la culpabilidad. Finalmente, el BVerfG la consideró inconstitucional por ser contraria al principio de determinación¹¹⁴.

Interesa profundizar en un tercer aspecto de la proporcionalidad de las penas, como es la posibilidad de que por razones de prevención general o prevención especial la pena supere la que resultaría proporcional a la gravedad del hecho. Una tendencia presente a lo largo de la historia y en todos los ordenamientos es que factores personales, como la peligrosidad, la profesionalidad o la reincidencia influyen en la determinación de la pena, otorgarles un peso excesivo a los factores personales en la determinación de la pena rompe la ecuación entre pena, hecho y culpabilidad que expresa el principio de proporcionalidad de las penas. Los jueces constitucionales de varios países han construido una solución tendencialmente común: los factores personales y la peligrosidad pueden tenerse en cuenta para determinar la pena dentro del espacio de juego que permite la pena adecuada al hecho y al grado de responsabilidad del autor. Superar este marco atentaría contra el principio de proporcionalidad de las penas y también el de culpabilidad.

Una sentencia emblemática en este punto es la sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana¹¹⁵ sobre la jerarquía de los criterios de determinación de la pena del artículo 133 del CP italiano, que procede de los años 30 del pasado siglo, y que por tanto está influido por el positivismo criminológico y el derecho penal de autor. Este precepto establecía entre los criterios de *sentencing* un

¹¹⁴ BVerfGE 103, 135 (152 ss).

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 364/1988. Vid. G. MARINUCCI/E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Giuffrè, 2015, pp. 647 s

buen número de factores personales, conjuntamente con otros que atendían a la gravedad del hecho, los daños causados y finalmente la gravedad del autor. La regulación italiana no determinaba cuál era el peso de estos factores en la determinación de pena, por lo que podían tener una importancia equivalente. La Corte señaló que la culpabilidad por el hecho debía constituir el criterio prevalente. La pena máxima a imponer no podía superar la culpabilidad, mientras que el resto de los criterios podían ser utilizados para mitigar la pena. Incluso el grado de peligrosidad del autor sólo puede ser invocado con el fin de rebajar la pena, debido a que no se aprecie posibilidad de reincidencia alguna.

3.4 Evaluación legislativa y proporcionalidad

Este trabajo comenzaba indicando que ha sido un avance la conexión de los principios inspiradores del Derecho penal ilustrado con el principio de proporcionalidad, pero tras cuanto se lleva dicho puede tenerse la impresión de que el principio de proporcionalidad no ha desarrollado su potencial de control. En la práctica de algunos tribunales, como el alemán, prefieren otras herramientas de control constitucional como el principio de legalidad, que tiene mayor importancia en los últimos tiempos. También en Italia el control ha sido mayor cuando se ha ejercido de la mano de los principios de ofensividad o razonabilidad. El control del legislador a través del principio de proporcionalidad no está asentado tampoco en la mayoría de los países que han formado parte de este estudio. Nuestros ejemplos, significativamente, se han reducido a la jurisprudencia constitucional de tres países.

El punto más débil de la conexión entre principios del derecho penal y principios constitucionales es la teoría del bien jurídico. El principio de protección de bienes jurídicos apenas aporta nada como parte del control de proporcionalidad. De acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales el legislador tiene –debe tener– un amplísimo margen de maniobra al elegir la finalidad de sus normas. En este sentido, no es posible ir mucho más allá del criterio de que el interés tutelado debe ser compatible con una sociedad democrática, lo que implica contar con los derechos fundamentales como límites. Otra cosa es que, después, si el interés no resulta relevante la sanción penal resulta desproporcionada (proporcionalidad en sentido estricto). Resulta sintomático que el *BVerfG* haya rechazado expresamente la teoría del bien jurídico, como antes se ha indicado.

Esta desconexión entre los principios del derecho penal y del principio de proporcionalidad resulta lógica. Pese a su innegable parecido, no es posible inte-

grar totalmente los principios básicos del derecho penal en los principios constitucionales. Los principios de *ultima ratio*, protección de bienes jurídicos etc. fueron formulados a finales del siglo XVIII y principios del XIX. No tienen en cuenta la separación de poderes y la legitimidad del legislador. Fueron conformados fundamentalmente pensando en el absolutismo. Por eso son incapaces de asumir, y entender, uno de los elementos claves de la jurisprudencia constitucional en esta materia: la deferencia o el margen de apreciación nacional¹¹⁶.

Esta reflexión apunta a que el camino para hacer más eficiente el control sobre el legislador por parte de los jueces constitucionales –nacionales y supranacionales– pasa por profundizar en la lógica del control constitucional y no por intentar ahorrar los principios constitucionales según la lógica –preconstitucional– de los principios penales. En este camino, y a los efectos de incrementar el control mediante el principio de proporcionalidad resulta imprescindible aumentar las bases empíricas de la política criminal a través de la evaluación legislativa¹¹⁷. El aumento de la obligación de argumentación por parte del legislador es el camino para limitar el criterio de deferencia. La jurisprudencia constitucional justifica el amplio margen de apreciación del legislador en el principio democrático, pero a la vez en la falta de datos empíricos acerca de la idoneidad o la existencia de medios alternativos.

Este último fundamento no resulta en absoluto razonable (¿podría desarrollarse una política económica sin datos empíricos?). De hecho en otros ámbitos, el principio de proporcionalidad implica que la autoridad que aprueba una medida restrictiva de derechos debe demostrar su eficacia. La deferencia sólo tiene sentido cuando el legislador ha satisfecho sus obligaciones de argumentación y no ha encontrado pruebas empíricas concluyentes acerca de la eficacia y necesidad de su medida. Como la creación de nuevos delitos supone una restricción continuada de derechos fundamentales, las necesidades de argumentación deben extenderse a lo largo de la vida de la ley.

Estas exigencias se cumplirían con el desarrollo de la evaluación legislativa, que en la actualidad se entiende como un proceso continuado que se inicia en la fase de aprobación de la ley y la acompaña durante todo su periodo de vigencia. La UE desde la aprobación del Libro Blanco sobre la Gobernanza

¹¹⁶ Vid. C. BURCHARD, «Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts», en Tiedeman *et al.* (ed.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, 2016, pp. 27 ss.

¹¹⁷ A. NIETO MARTIN, «A necessary Triangle: The Science of Legislation, the Constitutional Control of Criminal Laws and Experimental Legislation», en A. Nieto Martin/M. Muñoz de Morales (ed.), *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, Springer, 2016. (= in Tiedeman K. *et al.* (ed.), (n. 96), pp. 97 ss.

Europea¹¹⁸ ha generalizado el uso de evaluaciones de impacto, que debieran contener de una forma más cuidadosa de la que hoy se hace los datos empíricos necesarios para justificar la aprobación de medidas penales restrictivas de derechos. La Comisión europea ha subrayado igualmente la importancia de esta obligación:

«El legislador debe analizar si medidas distintas a las penales, por ejemplo, sanciones administrativas o civiles, no pueden garantizar suficientemente la aplicación de la política y si el derecho penal puede abordar los problemas con mayor eficacia. Ello requerirá un análisis exhaustivo mediante las evaluaciones de impacto que preceden a toda propuesta legislativa, incluida, por ejemplo, y en función de las especificidades de la esfera de política de que se trate, una evaluación de si los regímenes de sanciones de los Estados Miembros logran el resultado deseado y de las dificultades con que tropiezan las autoridades nacionales para aplicar la legislación de la UE»¹¹⁹.

Los datos empíricos deben posteriormente ser contrastados y analizados por los jueces constitucionales a la hora de comprobar la proporcionalidad de la medida. En la sentencia del «cannabis» del TC alemán a la que ya nos hemos referido varias veces, el Tribunal a la hora de analizar la idoneidad y necesidad del castigo revisa los datos empíricos aportados por el legislador en el momento de aprobar la ley, llegando a la conclusión de que aún resultan válidos. Estos datos, consistentes en estudios médicos y sociológicos, se referían al carácter perjudicial del consumo de cannabis para la salud o la posibilidad de que los consumidores de drogas blandas acabaran consumiendo drogas duras. Tras esta sentencia, el castigo del tráfico de «cannabis» ha vuelto a ser cuestionado ante el TC alemán, alegando precisamente que los datos aportados por el legislador han quedado obsoletos. En su segunda sentencia el TC alemán confirma la validez de los datos empíricos aportados¹²⁰.

Sección III. Cuestiones abiertas

Hasta aquí se han expuesto los aspectos que en nuestra opinión deben conformar necesariamente el principio de proporcionalidad en el ordenamiento

¹¹⁸ COMMISSION OF EUROPEAN COMMUNITIES, *European Governance: A White Paper*, Brussels, 25.7.2001, COM(2001) 428

¹¹⁹ EUROPEAN COMMISSION, (not. 2) p. 16 s

¹²⁰ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Juni 2004 - 2 BvL 8/02 - Rn. (1-50).

de la UE. Este apartado está dedicado a discutir en primer lugar dos aspectos novedosos de este principio: la compatibilidad de las penas de larga duración con el principio de proporcionalidad y la posible existencia para el legislador, precisamente a partir del principio de proporcionalidad de sancionar penalmente determinados comportamientos.

1. PENAS LARGAS DE PRISIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Que vivimos en un tiempo de expansión del derecho penal es un hecho que no puede ser negado. El incremento constante de las penas es una de las características de la expansión y responde a la ejecución de políticas populistas. En este contexto las penas largas de prisión gozan de buena salud e incluso han ganado terreno en países como España a través de la prisión permanente revisable o en Francia con la institución de la retención de seguridad. En este último apartado vamos a reflexionar sobre las relaciones entre el principio de proporcionalidad y tres manifestaciones diferentes de las penas largas de prisión: la cadena perpetua, los internamientos supuestamente terapéuticos, que pueden prolongarse de por vida, y de normas que como el «*three strikes and you are out*» en los EEUU, que otorgan a la reincidencia un valor extraordinario en la medición de la pena¹²¹.

La compatibilidad de las penas largas de prisión con el principio de proporcionalidad interesa por varias razones al derecho penal europeo. Todos los instrumentos de cooperación judicial basados en el principio de reconocimiento mutuo deben enmarcarse en el respeto a los Derechos fundamentales de la UE, lo que implica que no cabe reconocimiento mutuo en relación con penas incompatibles con estos derechos. Estas quedan excluidas del juego de la cooperación judicial. La orden de detención europea ya advirtió de algún modo este peligro, y por esta razón consideró que los Estados podían incluir como causa de denegación facultativa que la pena a imponer fuese la cadena perpetua (art. 5.2). Un estándar constitucional europeo, basado en el principio de proporcionalidad, sobre las penas largas de prisión tendría efectos directos en la cooperación judicial, pero también en el derecho penal nacional mediante el que se transponen directivas de la UE. Los Estados Miembros no podrían establecer, en la transposición de directivas o en la sanción de infracciones a reglamentos de la UE, penas contrarias al principio de proporcionalidad europeo. En realidad un estándar eu-

¹²¹ Vid. L. ARROYO ZAPATERO/DELMAS MARTY *et al.* (ed.), *Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*. Ediciones de la Universidad de Castilla-LaMancha. 2013.

ropeo sobre los límites de las penas largas de prisión supondría en todos los Estados Miembros una directriz de política criminal prácticamente ineludible, que acabaría aplicándose a todos los ámbitos de su derecho penal.

El principio de proporcionalidad hasta el momento ha tenido un papel muy reducido en la jurisprudencia constitucional europea a la hora de evaluar la constitucionalidad de determinadas penas. Ya en relación a la pena de muerte, el TEDH, en *Soering*¹²² consideró decisivos la dignidad y el derecho a no sufrir tratos inhumanos. Posteriormente y en relación a la cadena perpetua ha continuado utilizando estos mismos parámetros, exigiendo para su compatibilidad con el Convenio: (1) que exista la posibilidad de recobrar la libertad, (2) que las posibilidades de recobrar la libertad esté en manos del reo, que tiene derecho saber desde el comienzo de la ejecución de la pena lo que debe hacer para alcanzar su liberación¹²³ (3) una ejecución de la cadena perpetua que se oriente a la resocialización¹²⁴. Desgraciadamente la última decisión de la Corte en el caso *Hutchison* ante la *Grand Chamber* relaja alguno de estos límites¹²⁵.

En el derecho constitucional europeo tanto el TC alemán, como el italiano se han ocupado sobre la admisibilidad de esta medida. La jurisprudencia del TC alemán examina su constitucionalidad desde varios preceptos constitucionales, entre ellos el principio de proporcionalidad¹²⁶. De este análisis se derivan dos límites importantes. En primer lugar, la cadena perpetua no puede consistir en una pena fija –privación de la libertad de por vida–, pues esta circunstancia impediría tener en cuenta las concretas circunstancias del caso. Además, y en segundo lugar, debe existir una relación adecuada entre la gravedad de esta pena y los comportamientos en concreto a los que resulta de aplicación. Ello implica que la pena es dudosamente constitucional cuando se establece como pena única y que, en cualquier caso, el tribunal debe tener margen de maniobra para excluir determinados comportamientos de su ámbito de aplicación. Por esta razón, el TC alemán exigió de los jueces alemanes una interpretación restrictiva y conforme a la constitución del delito de asesinato.

Mas la cadena perpetua no es la única consecuencia jurídica del delito de larga duración. El derecho penal en muchos países europeos al lado de las penas posee medidas de seguridad de larga duración, en algunos países pueden prolongarse inde-

¹²² TEDH, 7 de julio de 1989, *Soering v. United Kingdom*, Application n.º 14038/88.

¹²³ STEDH, 9 de julio de 2013, *Vinter y otros c. Reino Unido*, Application n.º 66069/09, 130/10, 3896/10.

¹²⁴ STEDH, 18 de septiembre de 2012, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*. Application n.º 25119/09, 57715/09, 57877/09.

¹²⁵ STEDH, 17 de enero de 201, *Hutchinson v. UK*, Application n.º 57592/08 (vid. voto particular de Pinto de Albuquerque).

¹²⁶ BVerfG 45, (187)

finidamente, hasta que la persona que ha cometido un delito sea considerada como «no peligrosa». El caso más conocido es la custodia de seguridad alemana, que ha sido examinada tanto por los jueces de Estrasburgo como por los de Karlsruhe. Mientras que el TEDH se ha ocupado de la adecuación de esta medida con el Convenio a partir del principio de legalidad¹²⁷, analizando especialmente la pretensión del legislador alemán de aplicarla retroactivamente, el TC alemán lo ha hecho desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. El BVerfG¹²⁸ considera que este tipo de internamientos puede ser adecuado y necesario, pero que para ser conforme con el principio de proporcionalidad en sentido estricto necesitan que la ejecución de esta medida se encamine a que la persona recobre su libertad, lo que exige necesariamente establecer un programa terapéutico individualizado. Igualmente la proporcionalidad de la medida exige que se revise de manera constante su necesidad y que sea objeto de una regulación intensa y detallada. Estos requisitos coinciden, en líneas generales, con las exigencias que hemos visto en relación a la cadena perpetua, por lo que pueden considerarse que constituyen un límite infranqueable que toda privación de libertad de larga duración, que sea consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, debe respetar y ello con independencia del nombre que el legislador le asigne.

Fuera del contexto constitucional europeo se encuentra por tanto la jurisprudencia británica, expresada en *McLoughlin and Newell*¹²⁹, que utilizando nuevamente la deferencia hacía el legislador considera admisible las penas de prisión permanentes, poniendo en entredicho la jurisprudencia del TEDH: «No leemos el fallo de la Gran Sala de *Vinter* como algo que ponga en duda el hecho de que hay crímenes tan atroces que un castigo justo pueda requerir la prisión de por vida. Puede haber una disputa legítima sobre cuáles son esos crímenes [...] pero no se puede dudar de que los hay. En *Vinter* la Gran Sala aceptó que, dado que lo que constituye una pena justa y proporcionada es objeto de debate y desacuerdo, los Estados tienen un margen de apreciación. Según nuestra constitución, corresponde al Parlamento decidir si existen tales delitos y establecer el marco en el que el juez decide en un caso individual si el orden de toda una vida es el castigo justo. Por lo tanto, concluimos que ningún pasaje específico de la sentencia ni la sentencia leída en su conjunto pretenden en modo alguno impugnar las disposiciones de la Ley de Justicia Penal de 2003 (promulgadas por el Parlamento) que facultan al juez a dictar en el momento de la sentencia una condena de cadena perpetua como una sentencia que refleje una pena justa [...].

¹²⁷ TEDH, 17 de diciembre de 2009, *M v. Germany*, Application n.º 19359/04.

¹²⁸ BVerfG 128, (326).

¹²⁹ *R v McLoughlin and Newell* [2014] EWCA Crim 188 (pars. 17-18).

En los últimos tiempos ha aparecido una tipología especial de cadena perpetua basada en la reincidencia y no en la gravedad del delito que ha cometido el sujeto. El prototipo de esta pena es el conocido *three strikes and you are out* presente en Estados Unidos que supone una prisión de por vida, impuesta tras el tercer delito cometido por el sujeto, con independencia de su gravedad¹³⁰. En Europa las *sentences for public protection* que existen en el RU y Gales permiten a los jueces imponer una sentencia indeterminada en casos en los que el sujeto ha cometido previamente un delito de «especial relevancia». El TEDH ha abordado nuevamente la compatibilidad de las «penas para la protección pública» a partir del derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, exigiendo que la ejecución de la sentencia tenga un claro contenido resocializador¹³¹. El TS de los EEUU sin embargo las ha analizado a partir del principio de proporcionalidad de las penas («no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales»)¹³². La línea jurisprudencial más extendida considera que salvo en casos extremos, la proporcionalidad de las penas es competencia exclusiva del legislador. Una pena proporcional al hecho implica optar por la retribución como fin de la pena, mas a juicio del Tribunal Supremo la Constitución ha dejado abierta la cuestión relativa a los fines de la pena. La incapacitación puede también resultar un fin legítimo del derecho penal y la reincidencia puede llevar a la imposición de penas superiores a la gravedad del hecho.

Aunque como hemos indicado, el TEDH no ha desarrollado el principio de proporcionalidad de las penas, dicho principio figura en el artículo 49 de la CEDF y ha de ser interpretado en conformidad con las tradiciones constitucionales de los estados miembros. En este punto, y a falta de un análisis más detallado, puede decirse que existe una tendencia a considerar que la reincidencia del autor no puede llevar en ningún caso a imponer una pena muy superior a la que corresponde de acuerdo con el hecho y la responsabilidad del sujeto por el hecho cometido. Como ya hemos comentado antes de manera general, el TC italiano ha confirmado esta doctrina¹³³. El TC español parece también inclinarse porque la reincidencia solo puede influir en la determinación de la

¹³⁰ Vid. T. CASTIÑEIRA/R. RAGUÉS, *Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, en LASCURAÍN J. A/RUSCONI (not. 9).

¹³¹ TEDH, 18 de septiembre de 2012, *James, Wells and Lee v. The United Kingdom*, (Applications nos. 25119/09, 5715/09 and 57877/09).

¹³² *Ewing v. California* y *Lockyer, Attorney General of California v. Andrade*.

¹³³ Vid. igualmente Corte cost., sent. 23 julio 2015 sobre la agravante de reincidencia como factor de agravación de la pena automática.

pena dentro de la gravedad del hecho¹³⁴ o *a sensu contrario*, no puede servir para un incremento de la pena superando estos límites.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y OBLIGACIONES DE TUTELA

La sentencia del «maíz griego»¹³⁵ supuso como es conocido el pistoletazo de salida en la carrera hacia la protección de los intereses financieros de la UE. Esta decisión exigía a los Estados Miembros que sancionen las infracciones contra los intereses financieros de manera similar a cómo sancionan sus propios intereses y en cualquier caso a través de sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas. Esta obligación hoy se recoge en el artículo 325 del TFUE. Es opinión unánime que este principio contiene una obligación de sancionar penalmente y además de ser eficaces en la persecución. La sanción proporcional en este contexto no implica un límite al legislador, sino antes al contrario: le constriñe a que las sanciones sean lo suficientemente elevadas. De este modo, los Estados estarían incumpliendo los tratados por no establecer más derecho penal.

Algunos TC y sobre todo el TDEH han establecido una obligación similar en relación a la protección de los derechos fundamentales. En la segunda mitad de los años setenta se inició en algunos países de la UE el proceso de despenalización del aborto, cuestión en la que acabaron interviniendo los tribunales constitucionales alemán, italiano y español. En todas las sentencias del aborto, con mayor o menor intensidad, se constató la obligación de tutelar la vida. Después de esta primera fase nacional, la doctrina de las obligaciones de tutela ha aparecido con mucha más fuerza en la jurisprudencia del TEDH, que ha condenado a varios Estados por no establecer sanciones proporcionadas —es decir, suficientemente graves— o no ser diligente en la investigación de sanciones penales¹³⁶. Si en un primer momento, esta doctrina se centró en derechos como el no ser sometido a torturas o el derecho a la vida, hoy se aplica a atentados contra la libertad sexual o la intimidad que no pertenecen a lo que ha sido el núcleo duro del derecho penal en estos sectores. Las obligaciones de tutela representan, en suma, el lado punitivo de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad. Podrían ponerse muchos casos de la juris-

¹³⁴ STC 150/1991.

¹³⁵ TJUE, 21 de noviembre de 1989, Grecia c. Comisión, Case C-68/88, ECLI: EU: C:1989:339

¹³⁶ F. VIGANÒ, «Las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en MIR PUIG /CORCOY BIDASOLO (eds.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, pp. 311-328; C. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, *Indret* 3/2006.

prudencia reciente del TEDH pero la sentencia *Söderman*¹³⁷ me parece un buen ejemplo de esta tendencia. La Corte considero que Suecia violaba el Convenio porque no existía un tipo penal que castigase la toma de fotografías clandestina de un padre a su hijastra de 14 años mientras se bañaba. El derecho a la vida privada exigía en este caso la intervención del derecho penal.

La existencia de una obligación de sancionar penalmente resulta cuestionable, en cuanto que contradice la función prioritaria de los derechos fundamentales que es servir de límite al legislador. La violación de un derecho fundamental por no castigar penalmente o investigar una conducta debería limitarse a supuestos muy graves en los que la inactividad del estado demuestra una tolerancia o incluso complicidad con los autores de violaciones a los derechos humanos. Todo estado desde luego tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales, no hacerlo le convierte en un mal estado que no vela por sus ciudadanos e incumple sus funciones, pero no es un estado que vulnere derechos fundamentales. Por otro lado, si como hemos visto al legislador debe concedérsele un amplio margen de apreciación a la hora de decidir el sí y el cómo del derecho penal y de la pena, con más razón debe apreciarse este margen de apreciación cuando decide no utilizar el derecho penal. De la sentencia *Söderman*, y de todas las que establecen las obligaciones de tutela, resulta sintomático cómo la CEDH se olvida totalmente de la doctrina del margen de apreciación: ¿no hay que ser también deferentes con quien decide no castigar?, ¿por qué una laguna en relación a la sanción de un comportamiento ha de verse inmediatamente como un error del legislador?

La doctrina de las obligaciones de incriminación penal derivadas de los derechos fundamentales no debe confundirse en cambio con la obligación de tutelar penalmente los intereses financieros que se desprende del derecho de la Unión. Su fundamento es distinto. En este caso se encuentra en el deber de colaboración leal. Este principio en ningún modo constituye un límite al legislador, como ocurre en el caso de los derechos fundamentales. Existen muchos ejemplos de constituciones que establecen expresamente la obligación de castigar penalmente determinados comportamientos como, por ejemplo, los atentados contra el medio ambiente. En suma, pueden existir obligaciones de tutela derivadas del derecho constitucional o internacional, pero estas no deberían derivarse, salvo casos excepcionales, de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad.

¹³⁷ TEDH, 12 de noviembre de 2013, *Söderman v. Sweden*, Application n.º 5786/08.

CAPÍTULO 4

PROCESO JUSTO Y DERECHOS DE DEFENSA

THOMAS WAHL

SUMARIO: Sección I. Dimensión europea.–1. Introducción.–2. Alcance y contenido.–2.1 Alcance.–2.2 Contenido.–2.2.1 Derecho a ser informado. –2.2.1.1 Derecho de las personas sospechosas o acusadas a ser informadas sobre sus derechos.–2.2.1.2 Declaración sobre los derechos en el momento de la detención.–2.2.1.3 Obligación de informar sobre la acusación.–2.2.1.3.1 Todos los sospechosos o acusados.–2.2.1.3.2 Personas detenidas o privadas de libertad.–2.2.1.3.3 El acusado en el juicio.–2.2.1.4 La cuestión de las modificaciones en la acusación.–2.2.2 Derecho a defenderse personalmente.–2.2.2.1 Participación efectiva en el juicio oral.–2.2.2.2 Limitaciones. –2.2.3 Derecho a ser asistido por un letrado de su elección. –2.2.3.1 Defensa práctica y efectiva.–2.2.3.2 Comunicación con el letrado.–2.2.3.3 Presencia del letrado.–2.2.3.4 Obligaciones en los procedimientos de ODE.–2.2.3.5 Limitaciones.–2.2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita.–2.2.5 Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete.–2.2.5.1 Interpretación.–2.2.5.2 Traducción.–2.2.5.3 Limitaciones. –2.2.6 Derecho a permanecer en silencio/derecho a no autoincriminarse. –2.2.6.1 Obligaciones y directrices del TEDH.–2.2.6.2 Limitaciones.–3. Aspectos peculiares.–3.1 Plazos.–3.2 Registros.–3.3 Recursos.–3.4 Calidad y formación.–3.5 La excepción de los delitos menos graves.–Sección II. Derechos de defensa como fundamento para el juicio justo. Dimensión comparada.–1. Introducción.–2. *Ius commune* por defecto.–2.1 Derecho a la información.–2.2 Derecho a estar presente en el juicio.–2.3 Derecho a ser asistido por un letrado de su elección.–2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita.–2.5 Derecho a traducción e interpretación gratuitas.–2.6 Derecho a no autoincriminarse.–3. Tendencias existentes/emergentes.–3.1 «Constitucionalización» de los derechos de defensa.–3.2 Exhaustividad y mecanismos de verificación del derecho a la información.–3.3 El deber del acusado de comparecer y las garantías para su comparecencia práctica/efectiva.–3.4 Aproximaciones proactivas para asegurar la asistencia letrada y las investigaciones de la

defensa.–3.5 Calidad y extensión del sistema de asistencia jurídica gratuita.–3.6 *In dubio pro-interpretación*.–3.7 Efecto expansivo del *nemo tenetur* en procedimientos administrativos/tributarios.–Sección III. Cuestiones abiertas.–1. Introducción.–2. Aspectos problemáticos en el plano nacional.– 2.1 Diversidades nacionales como obstáculo para la cooperación.–2.2 Problemas planteados en los tribunales nacionales. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las directivas relativas a los derechos de defensa.–3. Problemas específicos de la PIF: Directivas relativas a los derechos de defensa en el contexto de las investigaciones de la Fiscalía Europea.

Sección I. Dimensión europea

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a un juicio justo tiene una importancia fundamental en las sociedades democráticas. Se trata, sin embargo, de un concepto que necesita ser concretado. En este sentido, el artículo 48 (2) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE) garantiza el respeto de los derechos de defensa a todas las personas acusadas. Los propios derechos de defensa son un requisito para que un juicio se considere justo. El artículo 48 de la CDFUE tiene el mismo significado y alcance que el derecho garantizado por la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), por ejemplo, en su artículo 6 (2), (3). La interpretación de éstos realizada por el TEDH debe ser tomada en consideración –de hecho, debe considerarse esencial– cuando se trata de obligaciones derivadas del Derecho de la UE. En comparación con el artículo 48 (2) de la CDFUE, el artículo 6 de la CEDH contiene una lista más precisa de derechos de defensa, que reflejan diferentes aspectos temporales, lingüísticos, económicos y de ejercicio efectivo de los derechos. En ella se aprecia el esfuerzo por lograr una compensación de las desventajas estructurales o situacionales de un individuo en los procesos penales, garantizando así no sólo su participación efectiva sino también respetando su condición de sujeto –y no de objeto– del procedimiento.

La Unión Europea ha tratado de desarrollar una articulación más específica de algunos aspectos de los derechos consagrados en el artículo 6 de la CEDH. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 se ha llevado a cabo a través de Directivas, que desarrollan el «Plan de trabajo para reforzar

los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales» de 2009¹.

El creciente compromiso de la UE en regular el ámbito de los derechos de defensa se debe principalmente a que existen numerosas discrepancias entre los Estados Miembros respecto a la protección de los derechos fundamentales y humanos, cuando se aplican los instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Así, los principales objetivos de las Directivas son²:

- Aumentar la confianza de los ciudadanos en que la Unión Europea protege y garantiza sus derechos.
- Establecer un estándar mínimo³ de armonización en los diversos sistemas de justicia penal de los Estados Miembros para impulsar de este modo la confianza mutua entre ellos.
- Aclarar ciertos aspectos de los derechos consagrados en el artículo 48 de la CDFUE y 6(2) y (3) del CEDH.
- Hacer que estos derechos sean reales y efectivos.

El empleo de un instrumento como las Directivas implica que sus disposiciones resultan vinculantes para los Estados Miembros, que deben asegurar la conformidad de su derecho nacional con ellas. La Comisión podría iniciar procesos por incumplimiento ante el TJUE si los Estados Miembros no transponen en plazo o si no cumplen con las obligaciones. Las cuestiones prejudiciales al TJUE iniciadas por los tribunales nacionales son otra vía importante para detectar si los Estados Miembros están implementando adecuadamente las directivas. En ciertas circunstancias, los individuos pueden aplicar directamente a las disposiciones de la Directiva⁴.

A continuación, nos centraremos en los principios básicos y las obligaciones que derivan de las Directivas sobre derechos de defensa en el procedimiento penal⁵, que están reflejados en la lista del artículo 6(3) del CEDH. No

¹ 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, OJ C 295, 4.12.2009, 1.

² Vid. también la contribución de F. BIANCO a esta obra.

³ Las Directivas continúan el «concepto del CEDH», es decir, únicamente establecen estándares mínimos a nivel europeo. Las Directivas aclaran al mismo tiempo que no pretenden limitar o derogar los estándares europeos o internacionales existentes (entre otros, los de la CDFUE y el CEDH) y que los Estados Miembros pueden establecer estándares más elevados (la denominada «cláusula de no regresión»).

⁴ STJUE, 4 de diciembre de 1974, C-41/74, Van Duyn, ECLI: EU: C:1974:133. Respecto al efecto de las directivas, vid. también P. CRAIG /G. DE BURCA, EU Law, 6.ª ed. 2015, pp. 200 ss.

⁵ No se aborda con detalle la Directiva (EU)2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, puesto que se espera que sea menos relevante en los delitos contra los intereses financieros de la UE.

se abordarán, sin embargo, las obligaciones derivadas de las garantías vinculadas a la prueba en los procesos penales, como las cuestiones sobre la carga de la prueba derivada de la presunción de inocencia, el acceso a los documentos y materiales probatorios o el interrogatorio de testigos⁶.

2. ALCANCE Y CONTENIDO

2.1 Alcance

El alcance de las Directivas sobre garantías procesales es un elemento constante. Todas las directivas definen el ámbito personal y temporal (*rationae personae* y *rationae temporis*). En principio, se aplican desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro «informan» a las personas de que son sospechosas o acusadas de haber cometido un delito. Algunas Directivas añaden que esta información al sospechoso se proporcione «mediante notificación oficial o de otro modo»⁷. De esta forma se mantiene la línea argumental del TEDH, que subraya que la determinación del momento en el que una persona se considera sospechosa no depende de cuestiones formales sino de la realidad. Esto significa que los derechos resultan de aplicación aun cuando el sujeto toma conocimiento de su estatus en el procedimiento por actuaciones procesales como un registro domiciliario o la clausura de locales de una empresa objeto de investigación⁸.

Respecto a algunas garantías procesales, se consideró importante, al definir el ámbito de aplicación, incluir a aquellas personas que inicialmente habían intervenido como testigo y en algún momento del procedimiento –por ejemplo, durante su declaración en sede policial– se convierten en sospechosas. La Directiva 2013/48 y la Directiva 2016/1919 regulan expresamente estas situaciones y extienden a estas personas la aplicación de los derechos que en ellas se consagran. El testigo debe ser informado por la autoridad competente

⁶ Vid. las contribuciones de R. PARIZOT y C. NOWAK/L. MIERZWINSKA en esta obra.

⁷ Vid. art. 1(2) de la Directiva 2010/64 y art. 2(1) de la Directiva 2013/48. La falta de mención a que la información se realice «mediante notificación oficial o de otro modo», como ocurre en el artículo 2(1) de la Directiva 2012/13, no debe entenderse como una reducción del ámbito de aplicación (vid. S. CRAS/L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information*, *eu crim*, 2013, pp. 22, 26).

⁸ Vid. S. CRAS/L. DE MATTEIS, *The Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, *eu crim*, 2010, pp. 153, 157. Respecto a las particularidades de la Directiva 2016/343, vid. S. CRAS/ A. ERBEZNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial*, *eu crim*, 2016, pp. 25, 28.

de que ha pasado a considerarse sospechoso⁹. Además, basándose en la jurisprudencia del TEDH— no es la calificación formal como sospechoso sino la realidad de haberse convertido en sospechoso o acusado lo que resulta decisivo, como ocurre, por ejemplo, cuando el interrogatorio policial lleva al sujeto a ser detenido¹⁰. Por tanto, las referencias a los testigos que se convierten en sospechosos son meramente declarativas pues no difieren en lo sustancial del régimen descrito para el resto de los sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación, aunque sí reflejan la jurisprudencia del TEDH.

Las Directivas establecen su aplicabilidad hasta la finalización del procedimiento, entendiéndose por tal la determinación final de la cuestión de si el sospechoso o acusado ha cometido el delito, incluida, en su caso, la sentencia y la resolución de los recursos¹¹. Esto significa, por tanto, que los derechos de las Directivas no resultan de aplicación al procedimiento de ejecución.

Se ha debatido a menudo durante las negociaciones de las Directivas si deben aplicarse también a las personas jurídicas —o, al menos, a algunas de ellas. La Directiva 2016/343 relativa a la presunción de inocencia incluye una mención explícita (a diferencia de Directivas sobre derechos procesales previamente negociadas) que su ámbito únicamente incluye las personas físicas. El trasfondo de este debate se encontraba en que el derecho a no auto incriminarse ha sido interpretado por el TJUE de forma diferente cuando se trata de personas jurídicas en el ámbito del derecho de la competencia. La extensión a las personas jurídicas de la Directiva 2012/13 relativa al derecho a la información fue discutida, pero finalmente no se incluyó ninguna referencia al respecto en su redacción definitiva. El tenor literal de la Directiva en algunos idiomas deja la aplicabilidad a las personas jurídicas abierta, por lo que es posible que la cuestión llegue al TJUE¹².

Se define con claridad que los derechos de las Directivas aplican a personas sometidas a un procedimiento de detención y entrega europea. Esto afecta a las Directivas sobre el derecho a interpretación y traducción, al derecho a la información, al derecho de acceso un abogado y el derecho a asistencia jurídica gratuita.

⁹ Así queda mencionado en los preceptos relevantes —art. 2(3) de la Directiva 2013/48 y art. 2(3) de la Directiva 2016/1919.

¹⁰ STEDH, 14 de octubre de 2010, *Brusco v. Francia*, n. 1466/07, §47 ss. El Considerando 21 de la Directiva 2012/48 también resulta relevante en lo relativo a las obligaciones de las autoridades de los Estados Miembros.

¹¹ Art. 1(2) de la Directiva 2010/64; art. 2(1) de la Directiva 2012/13; art. 2(1) de la Directiva 2013/48; con cierta variación en el tenor literal también el art. 2 de la Directiva 2016/343.

¹² Vid., al respecto, también S. CRAS/L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information, eucrim*, 2013, p. 26. Se muestra crítico S. LAMBERIGTS, *The Directive on the Presumption of Innocence. A Missed Opportunity for Legal Persons?*, *eucrim*, 2016, pp. 36 ss.

2.2 Contenido

En las siguientes páginas, se exponen con detalle cada uno de los derechos de defensa consagrados en el artículo 6 (3) de la CDFUE y en las Directivas mencionadas anteriormente. Estos derechos de defensa se concretan en las siguientes seis garantías procesales: derecho a ser informado, a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor, de su elección, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, a ser asistido gratuitamente de un intérprete o traductor y el derecho a guardar silencio.

2.2.1 DERECHO A SER INFORMADO

El 22 de mayo de 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 2012/13/EU, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Esta directiva establece las siguientes tres obligaciones para los Estados Miembros¹³.

2.2.1.1 *Derecho de las personas sospechosas o acusadas a ser informadas sobre sus derechos*

El derecho de las personas sospechosas o acusadas a ser informadas sobre sus derechos no se menciona expresamente en el artículo 6 (3) del CEDH pero puede deducirse de la jurisprudencia del TEDH, que exige a las autoridades adoptar un papel proactivo para asegurar que las personas sometidas a una investigación penal están informadas de sus derechos¹⁴. El artículo 3 de la Directiva 2012/13/EU impone a los Estados la obligación de proporcionar información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional: a) derecho a tener acceso a un abogado; b) derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla; c) derecho a ser informado de la acusación; d) derecho a interpretación y traducción; y, e) derecho a permanecer en silencio. Esta obligación de informar aplica a todas las personas sospechosas y acusadas, independientemente de si se encuentran privadas de libertad o incluso aquellas que se encuentran en busca y captura. Al establecer este catálogo de derechos sobre los que el sospechoso o

¹³ OJ L 142, 1/06/2012, p. 1.

¹⁴ STEDH, 10 de agosto de 2006, *Padalov v. Bulgaria*, n. 54784/00, §§ 52-54.

acusado debe ser informado, la Directiva otorga un sentido más concreto a la jurisprudencia del TEDH¹⁵.

Además, la directiva contiene una obligación sobre la forma en que dicha información debe ser proporcionada, disponiendo que se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables [art. 3 (2)]. Algunas adaptaciones pueden ser necesarios en los casos de ciudadanos extranjeros¹⁶.

2.2.1.2 *Declaración sobre los derechos en el momento de la detención*

El artículo 4 (1) de la Directiva establece una obligación de información especial en los casos en los que la persona haya sido detenida o privada de libertad: se les debe entregar una declaración de derechos escrita. Se trata de una garantía novedosa, que no está prevista ni en el CEDH ni en la jurisprudencia del TEDH. También ha sido revolucionario para muchos países de la UE.

Respecto a qué información debe contener la declaración de derechos, la Directiva realiza una distinción entre información adicional relativa a los derechos e información adicional sobre «posibilidades» de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional (respecto a esta última, sólo resulta obligatorio proporcionar «información básica»).

– La declaración de derechos contendrá, además de la información que figura en el artículo 3 y que ha sido referida antes, información acerca de los siguientes cuatro derechos, tal como se apliquen con arreglo a la legislación nacional: 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, y d) el máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial [art. 4(2)].

– La declaración de derechos contendrá, asimismo, información básica relativa a las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional [art. 4(3)].

¹⁵ S. CRAS/L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information*, *eu crim*, 2013, p. 27.

¹⁶ STEDH, 19 de diciembre de 1989, *Brozicek v. Italia*, n. 10964/84, §41.

Son obligaciones adicionales:

– Dar ocasión de leer la declaración de derechos y permitirle conservarla en su poder durante todo el tiempo que dure la privación de libertad [art. 4(1)]¹⁷.

– Respecto a la forma de entregar esa información, se establece que la declaración de derechos deberá redactarse en términos sencillos y accesibles [art. 4(4)]. Para facilitar a los Estados Miembros la elaboración de una declaración de derechos comprensible, se incluye como Anexo I de la Directiva un modelo indicativo de declaración de derechos.

– Además: entregar una declaración de derechos escrita en una lengua que el sujeto comprenda [art. 4(5)]. Esta obligación adicional sobre la forma de proporcionar la información, que deroga el artículo 3(2), significa *de facto* que los Estados Miembros están normalmente obligados a disponer de declaraciones de derechos en múltiples idiomas (no sólo los 23 oficiales en la UE), que podrían incluir lenguas exóticas¹⁸.

Si una persona buscada es detenida para ser entregada en el marco de un procedimiento de ODE, los Estados Miembros también están obligados a proporcionarle una declaración de derechos [vid., a este respecto, art. 5(1) de la Directiva]. Una vez más, la Directiva prevé un derecho completamente nuevo, que no ha sido referido ni por el CEDH ni por la jurisprudencia del TEDH. Puesto que la naturaleza de las ODE es diferente a la de los procesos penales nacionales, la declaración de Derechos que debe entregarse en uno y otro es distinta. La Directiva incluye, como Anexo II, un modelo indicativo de declaración de derechos en los casos de procedimientos de ODE. Esta declaración de derechos debería incluir, por ejemplo, información sobre la posibilidad de la persona reclamada de consentir la entrega y sobre el derecho a ser oído por una autoridad judicial en caso de que no la consienta.

2.2.1.3 *Obligación de informar sobre la acusación*

El derecho a ser informado de la acusación/de los cargos se menciona expresamente en el CEDH [arts. 5, parágrafo 2, y 6, parágrafo 3, lit. a) CEDH]. La Directiva 2012/13 establece diversas obligaciones a este respecto, teniendo en cuenta las diferentes situaciones y fases del procedimiento penal:

¹⁷ Una posible limitación a este derecho en el Considerando 24 de la Directiva.

¹⁸ S. CRAS- L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information, eucrim*, 2013, p. 28.

2.2.1.3.1 Todos los sospechosos o acusados.

El artículo 6(1) establece una obligación genérica: Los Estados Miembros deben garantizar que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. Se trata de una obligación continua durante todo el proceso penal y resulta de aplicación a todos los sospechosos y acusados.

Esta información deberá facilitarse con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa [art. 6(1)]. Es una obligación basada en la jurisprudencia del TEDH. En este contexto, es conveniente referir que el TEDH también ha establecido una conexión con otros derechos de defensa, como el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa ¹⁹.

2.2.1.3.2 Personas detenidas o privadas de libertad

Las autoridades deben informar de los motivos de su detención o privación de libertad [art. 6(2)]. Se trata de una obligación adicional en los casos de detención o privación de libertad. En concreto, se debe proporcionar información sobre la infracción penal que se sospecha que ha cometido²⁰, incluyendo una descripción de los hechos y de la hora y el lugar de éstos, si ya se dispusiera de esos datos. Sin embargo, la Directiva también tiene en cuenta las posibles dificultades en la práctica. Como limitación al derecho a ser informado sobre la acusación, el Considerando 28 de la Directiva aclara que esta obligación se prevé sin perjuicio del desarrollo de las investigaciones en curso y teniendo en cuenta la fase del proceso penal en la que se facilite esa información. Además, las autoridades podrán proporcionar información incompleta cuando los detalles de la infracción aún no se conozcan o deban reservarse para no perjudicar de forma irreparable la investigación (por ejemplo, cuando exista la necesidad de detener a un cómplice).

2.2.1.3.3 El acusado en el juicio

El inicio de la fase de juicio oral hace surgir una obligación específica en relación con el derecho a ser informado. La autoridad competente, a más tardar

¹⁹ A este respecto, merece la pena leer la STEDH, 25 de julio de 2000, *Mattochia v. Italia*, n. 23969/94, §59-61.

²⁰ S. CRAS-L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information, eucrim*, 2013, p. 29.

en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, deberá proporcionar información detallada sobre la acusación, incluyendo la naturaleza y tipificación de los hechos, así como la naturaleza de la participación del acusado [art. 6(3)]. En esta situación, proporcionar una información completa resulta esencial para que el acusado pueda ejercer plenamente sus derechos de defensa durante el juicio, y, en particular, para que pueda atacar la prueba de cargo en su contra y proporcionar prueba de descargo.

2.2.1.4 *La cuestión de las modificaciones en la acusación*

Una cuestión que se plantea a menudo ante el TEDH es cuáles son los deberes de información para las autoridades competentes que derivan del artículo 6(3)a) y b) del CEDH en caso de que la acusación sufriera alguna modificación. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo fue tomada en consideración durante la redacción del artículo 6(4) de la Directiva 2012/13, que obliga a garantizar que se informe con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con ese artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento.

El precepto es aplicable tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, aunque resulta más relevante, desde el punto de vista práctico, en esta última fase. A este respecto, se ha entendido que la nueva información solo debe proporcionarse cuando el sospechoso o acusado se encuentre en una situación donde ejercer activamente su derecho de defensa. En la etapa previa al juicio, esto solo puede ocurrir en casos excepcionales, por ejemplo, si un sospechoso impugna los elementos de hecho en los que se basa una orden de detención. Un cambio en la «hipótesis de trabajo» de las investigaciones antes de la acusación no implica una obligación de información²¹. La expansión del ámbito de aplicación hasta alcanzar la fase de instrucción excede lo dispuesto por en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

La jurisprudencia del TEDH podría jugar un papel relevante en la interpretación de esta obligación. La obligación de informar en caso de cambio en la acusación incluye cambios en la tipificación de los hechos²² y entra en juego si el cambio es relevante para que el acusado ejerza sus derechos de

²¹ S. CRAS-L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information*, eucrim, 2013, p. 30.

²² STEDH, 25 de marzo de 1999, *Pélissier y Sassi v. Francia*, n. 25444/94, §51.

manera concreta y efectiva²³, por ejemplo, presentar las alegaciones correspondientes y, en caso de ser necesario, prueba de descargo frente a hechos concretos. Además, se exige cierta magnitud –en abstracto y *ex ante*–, que obligue al acusado a modificar su defensa. El derecho a ser informado sobre el cambio en la acusación también se aplica si el acusado está representado por un abogado²⁴. Además de la jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la información en casos de cambio en la acusación, el TEDH establece las siguientes limitaciones:

– Es conforme con el artículo 6(3) el cambio en la acusación si el acusado tuvo suficientes oportunidades para defenderse de los cargos en el curso de un proceso de recurso ante otro tribunal. En la sentencia *Dallos*, el TEDH sostuvo que el incumplimiento del deber de información ocurrido en sede de apelación al no haber informado al acusado de una nueva tipificación de los hechos, fue subsanado adecuadamente después en el recurso ante el Tribunal Supremo, que revisó todos los aspectos procesales y sustantivos del proceso. El TEDH consideró que el sujeto había tenido la oportunidad de presentar su defensa respecto a la nueva acusación ante el Tribunal Supremo²⁵.

– No existe vulneración del artículo 6(3)a) del CEDH si el acusado debía haber sido consciente de la posibilidad de que el acto pudiera ser recalificado el órgano judicial²⁶. Esto incluye situaciones en las que el acusado debería haber sido consciente desde el comienzo del proceso de algún elemento de hecho, que podría ser considerado circunstancia agravante a la hora de determinar su condena en una etapa posterior del proceso²⁷. La jurisprudencia a este respecto parece acudir al concepto de previsibilidad suficiente (*suffisamment prévisible*)²⁸.

2.2.2 DERECHO A DEFENDERSE PERSONALMENTE

2.2.2.1 Participación efectiva en el juicio oral

El derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un letrado de su elección es una de las primeras tres garantías previstas en el artículo 6(3) del

²³ STEDH (GS), 11 de diciembre de 2007, *Drassich v. Italia*, n. 22575/04, §34.

²⁴ STEDH, 20 de abril de 2006, *I. H v. Austria*, n. 42780/98, §§32 ss.

²⁵ STEDH, 1 de marzo de 2001, *Dallos v. Hungría*, n. 29082/95, §52.

²⁶ STEDH, *Pélissier*, §57

²⁷ STEDH, 24 de octubre de 1996, *De Salvador Torres v. España*, n. 21525/93, §33.

²⁸ STEDH, *Drassich*, §37.

CEDH. La garantía de defenderse por sí mismo incluye el derecho a estar presente en la vista del procedimiento. El TEDH ha señalado repetidamente que

«en interés de un proceso justo y equitativo es de capital importancia que el acusado comparezca en su juicio y que el derecho del acusado a estar presente en la sala del tribunal –ya sea durante el proceso original o en un nuevo juicio– se considere uno de los requisitos esenciales del artículo 6»²⁹.

Además, la jurisprudencia del TEDH ha establecido que el acusado debe tener el derecho a participar de forma efectiva en el juicio, lo que significa que debe tener derecho a realizar alegaciones. En algunos supuestos, los Estados tienen una obligación positiva de asegurar que el acusado puede seguir el procedimiento³⁰.

La Directiva 2016/343 de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio³¹, también incluye la obligación para los Estados Miembros de garantizar que los sospechosos y acusados tengan derecho a estar presentes en el juicio [art. 8(1) de la Directiva 2016/343].

2.2.2.2 *Limitaciones*

Partiendo de la jurisprudencia del TEDH, la Directiva incluye diversas excepciones al derecho a estar presente. La jurisprudencia consolidada al respecto de la Corte de Estrasburgo establece que el derecho a estar presente no tiene carácter absoluto. Los artículos 8(2-6) y 9 de la Directiva contiene principalmente las siguientes excepciones:

– Atendiendo a la naturaleza del caso, el procedimiento, o ciertas fases del mismo, pueden desarrollarse por escrito (multas impuestas por autoridades administrativas, órdenes penales...) ³².

– En ciertas circunstancias, los Estados Miembros pueden disponer que, aun en ausencia del sospechoso o acusado, pueda celebrarse un juicio que pueda dar lugar a una resolución de condena o absolución del sospechoso o

²⁹ Vid., por ejemplo, STEDH, 8 de abril de 2010, *Sinichkin v. Rusia*, n. 20508/03, §30.

³⁰ C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights*, C. H. Beck *et al.*, 2014, art. 6, mn. 132, 133 con ulteriores referencias.

³¹ OJ L 65, 11/03/2016, p. 1.

³² Vid. también Considerando 41 y STEDH, 12 de mayo de 2010, *Kammerer v. Austria*, n. 32435/06, §§ 26, 27.

acusado (juicios *in absentia*). En este contexto, habitualmente se permite la renuncia del acusado a este derecho. La renuncia puede ser expresa o tácita.

El TEDH requiere que la renuncia al derecho no sólo sea voluntaria, sino que debe además constituir una renuncia consciente e informada al derecho. Con este fin, la renuncia (expresa o tácita) debe realizarse de un modo inequívoco, acompañada de un mínimo de garantías correspondientes a su gravedad y que no vayan en contra de ningún interés público³³.

La Directiva establece los requerimientos necesarios para hacer que el juicio *in absentia* no vulnere las obligaciones que derivan de los derechos de defensa:

- El acusado debe haber sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia, independientemente de cómo se haya proporcionado esta información.

- El acusado debe estar formalmente defendido por un letrado.

- Si no se ha podido proporcionar la información porque el sospechoso o acusado no ha podido ser localizado, los Estados Miembros deben garantizar que, cuando los sospechosos o acusados sean informados de la resolución, en particular cuando se les detenga, se les informe además de la posibilidad de impugnarla y del derecho a un nuevo juicio o a interponer otro tipo de recurso.

Respecto al nuevo juicio o a las otras vías de impugnación, el marco europeo, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH establece los siguientes requisitos adicionales³⁴:

- Deben permitir una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas.

- Deben poder desembocar en la revocación de la resolución original.

- Deben garantizar que el sospechoso o acusado tengan derecho a estar presentes, a participar efectivamente y a ejercer su derecho de defensa.

2.2.3 DERECHO A SER ASISTIDO POR UN LETRADO DE SU ELECCIÓN

El derecho a ser asistido por un letrado de su elección es la segunda garantía del artículo 6(3) del CEDH. El derecho a la asistencia jurídica (a través de un abogado –junto con el derecho a la asistencia jurídica gratuita– son considerados

³³ Entre otras, vid. STEDH, 23 de noviembre de 1993, *Poitrinol v. Francia*, n. 14032/88, §31; STEDH (GS), 1 de marzo de 2006, *Sejdovic v. Italia*, n. 56581/00, §86.

³⁴ Vid. art. 9 de la Directiva 2016/343.

los derechos procesales más importantes para los sospechosos y acusados. En particular, la garantía del acceso a un abogado en los estadios más tempranos del procedimiento penal es fundamental para salvaguardar la equidad en el procedimiento. Este derecho ha sido implementado por la Directiva 2013/48/EU sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea (también denominada Directiva A2L)³⁵. La Directiva además aborda el derecho de los sospechosos y acusados y de personas sometidas a un procedimiento de ODE, a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad, y al derecho a la comunicación con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Este último aspecto no será tratado en los siguientes apartados.

Respecto a las concretas obligaciones, a continuación, se distinguirán tres manifestaciones del derecho a ser asistido por un letrado de su elección, abordándose de acuerdo con lo dispuesto en Directiva 2013/48. Las obligaciones impuestas por la Directiva deberán leerse a la luz del novedoso pronunciamiento del TEDH en el caso *Salduz*, que inspiró la Directiva en gran medida³⁶.

2.2.3.1 *Defensa práctica y efectiva*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3(1) de la Directiva 2013/48, los Estados Miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.

De vital importancia a este respecto resulta el momento de la asistencia letrada, especialmente en la fase de instrucción en el proceso penal. En la sentencia *Salduz*, el TEDH destacó que la asistencia inmediata del letrado forma parte de las garantías procesales a las que el Tribunal presta especial atención, en particular relacionándolo con el derecho a la no autoincriminación³⁷.

Además, el TEDH aclaró que el artículo 6 del CEDH requiere que, como regla general, la asistencia jurídica se facilite desde el momento de la primera declaración del sospechoso en sede judicial, independientemente del contenido de la declaración que hubiera realizado durante el interrogatorio antes de ser

³⁵ OJ L 294, 6/11/2013, p 1.

³⁶ STEDH, 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turquía*, n. 36391/02.

³⁷ STEDH, *ibid.* §54. Vid. también S. CRAS, *The Directive on the Right of Access to a lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Warrant Proceedings*, *eu crim*, 2014, p. 32.

asistido por el letrado³⁸. En resoluciones posteriores el TEDH ha establecido en qué momentos surge el derecho a ser asistido por letrado³⁹. La Directiva ha acogido este planteamiento y establece la obligación de que el acceso al letrado debería tener lugar «sin demora injustificada» y a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican en la Directiva [vid. art. 3(2)]⁴⁰.

2.2.3.2 *Comunicación con el letrado*

El derecho a ser asistidos por un letrado no se colma solo con la asistencia física del letrado. La asistencia «no debería ser un acto pasivo»⁴¹. La Directiva no recoge un derecho genérico a la participación activa del letrado, pero sí que establece la obligación de asegurar que no existe obstáculos (en particular, en caso de detención) para que el sospechoso o acusado se entreviste en privado y se comunique con el letrado que lo represente, incluso con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales [art. 3(3)a]⁴²

De acuerdo con el TEDH, los Estados tendrían también la obligación positiva de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones⁴³ y así ha sido recogido también en el artículo 4 de la Directiva 2013/48. A estos efectos se entienden por comunicación las reuniones, correspondencia, conversaciones telefónicas y cualquier otra forma de comunicación permitida en el derecho nacional.

2.2.3.3 *Presencia del letrado*

Otra manifestación importante del derecho a ser asistido por un abogado es que éste participe durante el proceso. La Directiva establece la obligación

³⁸ Por ejemplo, si el acusado negó los cargos y no realizó declaraciones autoincriminatorias. Vid. al respecto, STEDH, 9 de abril de 2015, *A. T. v. Luxemburgo*, n. 30460/13, §72

³⁹ Vid. V. COSTA RAMOS, *The Rights of the Defence According to the ECtHR- An Illustration in the light of A. T. V. Luxembourg and the Right to Legal Assistance*, *NJECL*, 7 (2016), pp. 397-405.

⁴⁰ Vid. también Considerando 25 de la Directiva 2013/48.

⁴¹ SAYERS, en PEERS/HERVEY/KENNER/WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 48.106B.

⁴² Sobre la necesidad de que las comunicaciones sean efectivas y confidenciales, vid. STEDH (GS), 2 de noviembre de 2010, *Sakhnovskiy v. Rusia*, n. 21272/03, § 97.

⁴³ STEDH, *ibid.*, § 104 ss. Vid. también C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights*, art. 6, mn. 138, con ulteriores referencias; E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in criminal Proceedings*, *EuCLR*, 2015, pp. 68, 79.

de los Estados Miembros de velar por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen, en particular en la fase de instrucción [art. 3(3b) de la Directiva 2013/48]⁴⁴.

Además, de acuerdo con el artículo 3(3c) de la Directiva 2013/48, el sospechoso o acusado deberá tener derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: (i) ruedas de reconocimiento, (ii) careos y (iii) reconstrucciones de los hechos.

2.2.3.4 *Obligaciones en los procedimientos de ODE*

Igual que otras Directivas de la Hoja de ruta y más allá del estándar del TEDH, la Directiva 2013/48 recoge el derecho a la asistencia jurídica también a las personas reclamadas en el marco de una ODE. Mientras que el artículo 11(2) de la Decisión Marco relativa a la orden de detención y entrega europea ya reconoce el derecho de la persona buscada que hubiera sido detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea a contar con la asistencia de un abogado en el Estado Miembro de ejecución, surgía sin embargo la cuestión de si también debía reconocerse la garantía de ser asistido por un letrado por el Estado emisor (representación dual). La Directiva aborda esta cuestión en el artículo 10(4)-(6), determinando que no existe una obligación «estricta» de proporcionar la asistencia jurídica en el Estado emisor, y que sólo existen algunas obligaciones para las autoridades del Estado de ejecución. Además, se han introducido algunas limitaciones en la parte operativa del texto y también en los considerandos⁴⁵.

2.2.3.5 *Limitaciones*

El TEDH argumentó en el caso *Salduz* que la derogación temporal del derecho a ser asistido por un abogado en la fase de instrucción es posible, particu-

⁴⁴ Sobre la importancia de la presencia del letrado en la fase de instrucción, vid. STEDH, 24 de septiembre de 2009, *Pishchalnikov c. Rusia*, n. 7025/04, §65 ss.

⁴⁵ Vid. también S. CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings, eucrim*, 2014, pp. 42 ss.

laramente si existen «razones imperiosas»⁴⁶. La Directiva 2013/48 trata de definir mejor este concepto tan vago y establece, en su artículo 3(6), lo siguiente:

«Los Estados Miembros 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 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».

Además de esta limitación de las razones imperiosas a dos escenarios, el artículo 3(6) y el Considerando 38 aclaran las condiciones que pueden también limitar la cláusula de derogación. En consecuencia, los Estados Miembros lo tienen muy difícil para implementar derogaciones.

Otra restricción importante del derecho a ser asistido por un abogado es la posibilidad de renunciar a él. Sin embargo, el artículo 9 de la Directiva establece determinadas condiciones a la renuncia que han sido inspiradas por la jurisprudencia del TEDH⁴⁷:

«Los Estados Miembros garantizarán que, en lo que se refiere a toda renuncia a un derecho contemplado en los artículos 3 y 10:

- a) se haya facilitado al sospechoso o acusado, verbalmente o por escrito, información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las posibles consecuencias de renunciar a él, y
- b) la renuncia sea voluntaria e inequívoca.»

2.2.4 DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El derecho a asistencia jurídica gratuita, es decir, a que el Estado financie un abogado a personas que no pueden permitírselo, es la tercera garantía del artículo 6(3) del CEDH y además está consagrada en el artículo 47(3) de la CDFUE. Este derecho es un corolario principal del derecho a ser asistido por un letrado puesto que es un derecho que no podrá ser ejercido sin haber tenido

⁴⁶ STEDH, de 27 de noviembre de 2008, *Salduz v. Turquía*, § 55. También se encuentran directrices al respecto en STEDH (GS), 13 de septiembre de 2016, *Ibrahim y otros v. RU*, n. 50541/08, §§258-259.

⁴⁷ El «*leading case*» en este ámbito es la STEDH, *Pishchalnikov v. Rusia*, §77; V. COSTA RAMOS, *The Rights of the Defence According to the ECtHR*, *NJEC*, 7(2016), 404.

en cuenta los costes del servicio de asistencia jurídica. El instrumento básico en el derecho europeo fue adoptado en noviembre de 2016 con la Directiva (EU) 2016/1919 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención⁴⁸.

La Directiva 2016/1919 incluye una importante excepción en cuanto a su ámbito de aplicación. De un lado, el alcance de la Directiva está vinculado con el de la Directiva sobre el derecho a ser asistido por un letrado (Directiva 2013/48), de otro lado, el artículo 2 de la Directiva 2016/1919 limita su alcance al referir que sólo son titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita los sospechosos que (1) se encuentren privados de libertad, (2) que deban estar asistidos por un letrado de acuerdo con el derecho de la UE⁴⁹ o con el derecho nacional; o (3) que puedan o deban asistir a ciertas diligencias de investigación, incluyendo al menos las ruedas de reconocimiento, los careos y reconstrucciones de los hechos en el lugar del delito⁵⁰.

La obligación esencial de los Estados Miembros es asegurar que los sospechosos y acusados que carecen de medios para costear su asistencia jurídica tienen acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiera [art. 4(1) de la Directiva 2016/1919].

Para valorar la existencia de los requisitos, los Estados Miembros pueden podrán aplicar una evaluación de medios económicos, de méritos o de ambas cosas, para decidir si se ha de conceder la asistencia jurídica gratuita. Esto constituye una limitación del derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues la Directiva mantiene la diversidad del régimen de asistencia jurídica en todos los Estados Miembros de la UE (vid. también Sección III) y, por lo tanto, no se garantiza una protección idéntica de todos los sospechosos en el área de libertad, seguridad y justicia.

La Directiva establece varios criterios de elegibilidad, que pueden tomarse en cuenta por los Estados Miembros para llevar a cabo las evaluaciones antes mencionadas:

– Evaluación de medios económicos: todos los factores pertinentes y objetivos, como los ingresos, el patrimonio y la situación familiar del interesado, así como el coste de la asistencia de un letrado y el nivel de vida de dicho Estado miembro [art. 4(3)].

⁴⁸ OJ L 297, 4/11/2016, p. 1.

⁴⁹ Vid., por ejemplo, los arts. 6 y 18 de la Directiva (EU) 2016/800.

⁵⁰ Vid. además S. CRAS, *The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings*, *eu crim*, 2017, pp. 34, 39.

– Evaluación de méritos: la gravedad de la infracción penal, la complejidad de la causa y la severidad de la posible sanción [art. 4(4)]⁵¹.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4(4) (segunda frase),

«en cualquier caso, se considerará que la evaluación de méritos es positiva en las siguientes situaciones:

- a) cuando se ponga a un sospechoso o acusado a disposición del órgano jurisdiccional competente para decidir sobre su detención en cualquier fase del proceso dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva⁵², y
- b) durante la detención».

Igual que con el derecho a ser asistido por un letrado, resulta también un elemento esencial de la asistencia jurídica gratuita el plazo para decidir sobre su concesión pues, de otro modo, la defensa efectiva se ve perjudicada⁵³.

Existen obligaciones específicas respecto a las personas sometidas a una ODE. Las personas reclamadas deberían disfrutar el derecho a asistencia jurídica gratuita en el país de ejecución. Además, el Estado emisor garantizará que las personas buscadas en virtud de una orden europea de detención con miras a su persecución penal y que ejerciten su derecho a designar un abogado en el Estado miembro emisor para asistir al abogado en el Estado miembro de ejecución, de conformidad con la Directiva 2013/48/UE, tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita en el Estado miembro emisor para los fines de dicho procedimiento de orden europea de detención en el Estado miembro de ejecución, en la medida en que la asistencia jurídica gratuita sea necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva (art. 5), lo que ocurrirá «si el letrado del Estado miembro de ejecución no puede desarrollar su labor relativa a la ejecución de una orden europea de detención de modo eficaz y eficiente sin la asistencia de un letrado en el Estado Miembro emisor»⁵⁴.

⁵¹ Basado en la jurisprudencia del TEDH: STEDH, 24 de mayo de 1991, *Quaranta v. Suiza*, n. 12744/87, §§33 ss. Estos criterios también se aplican a los recursos.

⁵² También aquí se refleja la jurisprudencia del TEDH, conforme a la cual los intereses de justicia habitualmente requieren la concesión de asistencia jurídica gratuita a los acusados que se encuentran privados de libertad: STEDH, 5 de octubre de 2009, *Prezec v. Croacia*, n. 48185/07, §32. «Privación de libertad» en este contexto debe entenderse como prisión provisional, excluyendo las privaciones de libertad posteriores al juicio, así como a la custodia policial, ya que la referencia se realiza sólo al órgano judicial (S. CRAS, *The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings*, eucrim, 2017, p. 41).

⁵³ Vid. art. 4(5) y el epígrafe 2.2 de este artículo. Resulta importante a este respecto también el Considerando 19, que hace referencia a la posibilidad de realizar concesiones provisionales o de emergencia.

⁵⁴ Considerando 21.

Esto implica que los Estados Miembros tienen un margen de apreciación relativamente amplio.

2.2.5 DERECHO A SER ASISTIDO GRATUITAMENTE POR UN INTÉRPRETE

El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete es el último derecho de los mencionados en el artículo 6(3) del CEDH [lit. e)]. El derecho a un intérprete es una forma especial de una protección más general de los derechos humanos relacionada con la pertenencia de una persona a una minoría. Aunque el tenor literal no incluye el derecho de traducción, el TEDH extendió la garantía a la «interpretación» escrita de los documentos esenciales del procedimiento, incluida la fase de instrucción. El TEDH también ha señalado la importante vinculación entre el derecho a la traducción y el derecho al juicio justo en el artículo 6(1) del CEDH⁵⁵.

La Directiva 2010/64 «relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales» incorpora estas garantías del CEDH al contexto de la UE⁵⁶. La Directiva abarca obligaciones relacionadas con el derecho a la interpretación y a la traducción. Estas obligaciones se extienden a los procedimientos de ODE en el Estado Miembro de ejecución [vid. en detalle en el art. 2(7) y art. 3(6)].

2.2.5.1 Interpretación

En general, el artículo 2(1) de la Directiva 2010/64 establece la obligación de proporcionar interpretación a los sospechosos o acusados que no hablan o entienden el idioma del procedimiento penal en cuestión, incluyendo las diligencias de investigación en la fase de instrucción, como las declaraciones en sede policial o el primer encuentro con las autoridades aduaneras, así como la asistencia a comparecencias y vistas⁵⁷.

Una cuestión que resultó controvertida durante la negociación de la Directiva fue determinar en qué medida el derecho a interpretación debía alcanzar a las comunicaciones abogado-cliente. Sobre esta cuestión existen importantes diferencias en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados

⁵⁵ STEDH, 28 de noviembre de 1978, *Luedicke, Belkacem y Koç v. Alemania*, Series A n. 29, §48.

⁵⁶ OJ L 280, 26/10/2010, p. 1.

⁵⁷ Respecto a la jurisprudencia del TEDH, vid. STEDH, 19 de diciembre de 1989, *Kamasinski v. Austria*, n. 9783/82, §74; STEDH, 5 de enero de 2010, *Diallo v. Suecia*, n. 13205/07, §24-26.

Miembros de la UE. Además, la jurisprudencia del TEDH no es clara a este respecto. En este contexto debe leerse el artículo 2(2) de la Directiva:

«Los Estados Miembros garantizarán que, en caso necesario y con miras a salvaguardar la equidad del proceso, se facilite un servicio de interpretación para la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales».

La Directiva, pero también la jurisprudencia del TEDH, deja abierta la cuestión de en qué medida están cubiertas por la garantía del CEDH las interpretaciones de comunicaciones *privadas* entre el sospechoso y su letrado fuera del tribunal y de las audiencias⁵⁸.

Además, existe una obligación positiva de verificar la adecuación de la interpretación proporcionada y de establecer mecanismos para determinar las habilidades del acusado con el idioma [art. 2 (49) de la Directiva 2010/64]⁵⁹.

Una obligación importante que también aplica al derecho a traducción [vid b)] es que el Estado debe asumir los costes de interpretación y traducción derivados de la aplicación de los artículos 2 y 3, independientemente de cuál sea el resultado del proceso (art. 4 de la Directiva 2010/64)⁶⁰.

2.2.5.2 Traducción

La Directiva establece la obligación de traducir «documentos esenciales». El artículo 3(2) de la Directiva 2010/64 establece que el sospechoso o acusado que no entienda la lengua del proceso penal tendrá derecho a que se le entregue la traducción escrita de todos los documentos «que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso».

El artículo 3(2) considera esenciales en todo caso los siguientes documentos: cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia.

⁵⁸ Vid. STEDH, 14 de octubre de 2008, *Timergaliyev v. Rusia*, n. 40631/02, §51 y el Considerando 19 de la Directiva.

⁵⁹ Los casos más relevantes a este respecto son *STEDH, Kamasinski v. Austria*, §74; *STEDH*, 19 de diciembre de 1989, *Brozicek v. Italia*, §41, *STEDH*, 24 de septiembre de 2002, *Cuscani v. RU*, n. 32771/96, §38.

⁶⁰ Vid. también la jurisprudencia del TEDH, que enfatiza que el término «gratuito» no denota ni una remisión condicional ni una exención temporal, ni una suspensión, sino una exención o exoneración definitiva. El acusado no está obligado a pagar los costes de interpretación tampoco una vez que ha sido condenado, pues de lo contrario las garantías del art. 6 estarían limitadas en el tiempo.

Se reserva a la discreción de las autoridades competentes, que podrán resolver atendiendo a las circunstancias de cada caso, la decisión sobre si resultan esenciales otros documentos a efectos de su traducción. El sospechoso o acusado, o su abogado, podrá presentar una solicitud motivada en este sentido [art. 3(3)].

Para la aplicación de estas reglas, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones.

– Las referencias al sospechoso llevan a considerar que el derecho a traducción resulta de aplicación también en la fase de instrucción.

– Puesto que el artículo 1(4) establece que la Directiva no afecta al derecho nacional relativo al derecho de acceso de un sospechoso o acusado a los documentos en el marco de un proceso penal, el derecho a traducción sólo aplica a aquellos documentos contenidos en los autos del caso que, según la legislación nacional, ya se encuentren disponibles para la persona sospechosa o acusada, o para su abogado⁶¹.

– La Directiva deja abierta la cuestión de si la «prueba documental esencial» debe ser traducida o si, por el contrario, queda dentro del margen de discreción de las autoridades competentes. En este sentido, podría argumentarse que el material probatorio resulta tan importante para el juicio justo como lo es disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa. En consecuencia, a la luz del artículo 6(1) y 6(3)b) del CEDH, no cabría la discreción al aplicar el artículo 3(3) de la Directiva⁶².

Otra cuestión pendiente es la traducción al idioma del tribunal. ¿Existe una obligación de traducir además los documentos al idioma del órgano judicial (nacional) que tramita el procedimiento cuando el sospechoso o acusado no domina suficientemente el idioma del procedimiento (por ejemplo, traducción del escrito de apelación)? El TJUE rechazó esta obligación ya que la Directiva 2010/64 sólo se refiere a la traducción e interpretación al idioma del acusado⁶³. Por el contrario, el TEDH sí que parece reconocer un deber de las autoridades estatales de traducir al idioma del tribunal⁶⁴.

⁶¹ S. CRAS/L. DE MATTEIS, *The Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, eucrim, 2010, p. 159.

⁶² Sobre esta cuestión, vid. S. CRAS/L. DE MATTEIS, *The Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, eucrim, 2010.

⁶³ STJUE, 15 de octubre de 2015, C-216-14, Gavril Covaci, ECLI: EU: C:2015:686.

⁶⁴ STEDH, 19 de diciembre de 1989, *Kamasinski v. Austria*, §74: «el acusado que no comprenda o no hable la lengua utilizada en el proceso, tiene derecho a los servicios gratuitos de un intérprete que le traduzca o interprete cualquier acto del procedimiento promovido contra él cuyo sentido necesite conocer para contar con un proceso justo».

2.2.5.3 Limitaciones

La Directiva establece varias limitaciones al derecho a traducción, que también aplican al listado de documentos esenciales «obligatorios» del artículo 3(2):

– De acuerdo con el artículo 3(4), no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan.

– El artículo 3(7) permite que se proporcione una traducción o un resumen oral de los documentos esenciales⁶⁵. Para ello es necesario que concurren dos condiciones: que sea una excepción a las normas generales de entregar una traducción escrita y que no afecte a la equidad del proceso.

– El artículo 3(8) regula la renuncia al derecho a traducción, que se somete –siguiendo la jurisprudencia del TEDH⁶⁶, a ciertas condiciones.

2.2.6 DERECHO A PERMANECER EN SILENCIO/DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Una de las garantías más importantes que no está explícitamente mencionada en el artículo 6 del CEDH es el derecho a permanecer en silencio y el derecho a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum podere/accusare*)⁶⁷. La CDFUE tampoco contiene una específica referencia a estas garantías. Sin embargo, el TEDH reconoce estos derechos y destaca que «*son estándares internacionalmente reconocidos que forman parte de la esencia misma del juicio justo del art. 6 del CEDH*»⁶⁸. El TEDH señala, entre otras razones, la protección del acusado contra la coacción indebida por parte de las autoridades, contribuyendo así a evitar los errores judiciales y el cumplimiento de las finalidades del art. 6. El derecho a no autoincriminarse, en concreto, presupone que la acusación debe probarse sin recurrir a la evidencia obtenida a través de métodos de coerción u opresión que desafíen la voluntad del acusado. En este sentido, la Corte vincula estrechamente el derecho a permanecer en silencio y el

⁶⁵ Esta previsión se sustenta en la jurisprudencia del TEDH (vid. STEDH, 18 de octubre de 2006, *Hermi v. Italia*, n. 18114/02, §70). Sin embargo, no ha definido con claridad en qué circunstancias la traducción oral está permitida.

⁶⁶ STEDH, *Poitrinol*, §31.

⁶⁷ Los términos «derecho a permanecer en silencio» y «derecho a no autoincriminarse» se emplean habitualmente de forma indistinta y resultan intercambiables.

⁶⁸ STEDH, 17 de diciembre de 1996, *Saunders v. RU*, n. 19187/91, §68; STEDH, 8 de febrero de 1996, *John Murray v. RU*, n. 18731/91, §45.

derecho a no autoincriminarse a la presunción de inocencia contenida en el artículo 6(2) de la Convención⁶⁹.

La Directiva (EU) 2016/343 reconoce igualmente el derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse y los conecta con la presunción de inocencia.

2.2.6.1 *Obligaciones y directrices del TEDH*

El artículo 7 de la Directiva reconoce los derechos anteriormente señalados pero –en primera instancia– lo hace de un modo muy vago. Los preceptos están estrechamente vinculados a la jurisprudencia del TEDH y es particularmente necesario acudir a ella cuando se trata de interpretarlos. El artículo 7 (1) –(2) contiene las obligaciones generales y, por su parte, el apartado 3 destaca –sin exhaustividad– algunos de los aspectos específicos de estas inmunidades, que deben leerse junto con la jurisprudencia relevante del Tribunal de Estrasburgo.

De acuerdo con la primera obligación mencionada, los Estados Miembros deben garantizar que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse {art. 7(1) de la Directiva 2016/343}.

El TEDH ha desarrollado algunas directrices relevantes a este respecto. Así, ha dispuesto que el derecho a permanecer en silencio no puede razonablemente limitarse a las declaraciones de admisión de la infracción o a menciones directamente inculpativas. Entiende, por el contrario, que incluye aquellos testimonios que pueden ser de naturaleza no inculpativa –como comentarios exculpativos o mera información sobre cuestiones de hecho– pero que posteriormente podrían ser utilizados en el procedimiento para apoyar la acusación, por ejemplo, para contradecir o cuestionar otras declaraciones del acusado o evidencias proporcionadas por él o socavar su credibilidad⁷⁰.

La segunda obligación para los Estados Miembros es la de garantizar que los sospechosos y acusados tienen el derecho a no autoincriminarse (art. 7(2) de la Directiva 2016/343).

También existen algunas directrices del TEDH significativas al respecto. Así, el derecho a no autoincriminarse es un reflejo del derecho a permanecer en silencio (habitualmente ambos reciben un tratamiento conjunto del TEDH), que

⁶⁹ STEDH, *ibid.* Vid. también G. STESSENS, *The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-incrimination*, *ElRev.* 22 (1997), pp. 45, 49 ss.

⁷⁰ Vid. STEDH, 17 de diciembre de 1996, *Saunders v. RU*, §71, STEDH, 18 de diciembre de 2010, *Zaichenko v. Rusia*, n. 39660/02, §54.

prohíbe que las autoridades usen sus facultades o ejerzan presión para afectar la voluntad del acusado o sospechoso⁷¹. Además, el derecho a no autoincriminarse protege al sujeto acusado de contribuir activamente a la prueba de cargo.

2.2.6.2 Limitaciones

Existe consolidada jurisprudencia que sostiene que el derecho a permanecer en silencio y el derecho a no autoincriminarse no son derechos absolutos, sino que pueden estar sujetos a limitaciones «siempre y cuando la esencia misma del derecho no se agote»⁷². En este contexto, el TEDH considera admisibles a la luz de la Convención varias excepciones al derecho a permanecer en silencio. No toda coerción es contraria al artículo 6 del CEDH. El Tribunal decide a este respecto caso por caso, aplicando particularmente los siguientes criterios⁷³:

- La naturaleza y el grado de coerción ejercida para obtener la prueba.
- La importancia del interés público en la investigación y castigo del delito en concreto.
- La existencia de garantías relevantes en el procedimiento.
- El uso que se ha dado al material obtenido de este modo.

La Directiva recoge algunas aclaraciones realizadas por el TEDH en casos específicos:

– Respecto a las medidas coercitivas, el artículo 7(3) de la Directiva 2016/343 establece que el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados⁷⁴. Esta cláusula hace referencia, por ejemplo, al material obtenido a través de una orden, material respecto del cual existe una obligación legal de conservación y entrega de ser solicitado, muestras de aliento, sangre u orina y tejidos corporales para realizar pruebas de ADN⁷⁵. La parte operativa de la Directiva parece que tampoco protege los documen-

⁷¹ STEDH, 21 de diciembre de 2000, *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, n. 34720/97, §40.

⁷² STEDH, 18 de diciembre de 2010, *Zaichenko v. Rusia*, §39.

⁷³ STEDH, *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, §51 ss.; STEDH, 5 de noviembre de 2002, *Allan v. RU*, n. 48539/99, §44; STEDH, 11 de julio de 2006, *Jalloh v. Alemania*, n. 54810/00, §101, 117.

⁷⁴ Vid. también Considerando 27 y STEDH, *Saunders v. RU*, §69.

⁷⁵ Considerando 29. Replica el tenor literal del TEDH en la sentencia *Saunders, ibid.*

tos que son autoincriminatorios, lo que podría contradecir la jurisprudencia del TEDH⁷⁶. Además, la Directiva no aborda con claridad la delicada cuestión de las consecuencias legales del derecho a no autoincriminarse en los casos de entrega de material en procedimientos administrativos –en particular tributarios– y su posterior uso en procedimientos penales (por ejemplo, por fraude fiscal). Respecto a este último aspecto, vid. *infra* Sección II 3.7.

– Con respecto a extraer deducciones de la falta de colaboración, el artículo 7 (5) de la Directiva 2016/343 establece que «el ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate». Sin embargo, esta regla debe leerse en conjunto con el Considerando 28 y los preceptos relativos la libre valoración de la prueba [art. 7(4) y 10(2)], que indican que la Directiva no establece estándares más elevados que la jurisprudencia del TEDH⁷⁷. A este respecto, el TEDH a menudo ha respaldado las inferencias obtenidas a partir del silencio de un acusado y, por lo tanto, aceptó también los efectos negativos de la decisión de permanecer en silencio⁷⁸.

– La renuncia a los privilegios previstos en el artículo 7(1)-(2) de la Directiva es posible. Sin embargo, La Directiva sobre presunción de inocencia no regula en qué circunstancias el acusado puede renunciar a los derechos a permanecer en silencio y a no autoincriminarse. En este sentido, sería necesario acudir a la jurisprudencia del TEDH⁷⁹, lo que significa que la renuncia debe: (i) realizarse de un modo inequívoco; (ii), acompañada de un mínimo de garantías correspondientes a su gravedad y que no vayan en contra de ningún interés público.

Además, el sujeto debía poder prever, razonablemente, cuáles serían las consecuencias de su conducta⁸⁰.

⁷⁶ Vid. STEDH, 5 de abril de 2012, *Chambaz v. Suiza*, n. 11663/04, §§ 52-57. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH no parece aclarar si los documentos que un sujeto es obligado a entregar entran dentro del concepto de «material que tiene una existencia independiente de la voluntad del acusado» (vid. A. ASHWORTH, *Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?*, *Cardozo Law Review*, 2008, pp. 751, 759); S. LAMBERICTS, *The Privilege Against Self-Incrimination– A Chameleon of Criminal Procedure*, *NJECL*, 7, 2016, pp. 418, 430.

⁷⁷ S. CRAS-A. ERBEZNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial*, p. 32.

⁷⁸ El «*leading case*» es la STEDH, 8 de febrero de 1996, *John Murray v. RU*, §47; vid. también BVerGG, 2BV 890/16, 6 de septiembre de 2016, HRRS 2016 n. 859.

⁷⁹ Alternativamente, podría pensarse en una interpretación análoga del art. 9 de la Directiva 2013/48.

⁸⁰ STEDH, *Hermi v. Italia*, §70, 73, 74; STEDH (GS), 1 de marzo de 2006, *Sejdovic v. Italia*, §86.

3. ASPECTOS PECULIARES

Las Directivas relativas a las garantías procesales en procedimientos penales se estructuran de un modo similar. A continuación, se resumen los elementos que se repiten en ellas, incluyendo también menciones a aquellas cuestiones en las que existen diferencias o modificaciones.

3.1 Plazos

Un aspecto esencial en estas regulaciones es «cuándo» comienzan los sospechosos e imputados a disfrutar de estos derechos o cuándo las autoridades estatales deben garantizar su ejercicio. Las Directivas usan los términos «con prontitud»⁸¹, «sin demora injustificada»⁸², «sin demora»⁸³ o «en un plazo razonable»⁸⁴. Aunque pueden resultar vagos, deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha indicado, por ejemplo, en relación con la «prontitud» del derecho a la información, que la información respecto a los derechos procesales debe proporcionarse tan pronto como sea necesario (y tan pronto como sea posible) para que el sospechoso o imputado pueda tomar decisiones adecuadas en el ejercicio de su derecho de defensa durante el procedimiento⁸⁵.

3.2 Registros

La mayoría de las Directivas imponen a las autoridades de los Estados Miembros la obligación de dejar constancia de la provisión y ejercicio de estos derechos o su renuncia –por ejemplo, de la entrega de información, de la asistencia de letrado durante el interrogatorio o la renuncia a la traducción– empleando el procedimiento de registro previsto por el derecho nacional⁸⁶.

⁸¹ Arts. 3(1), 4(1), 5(1), 6(1) y (4) de la Directiva 2012/13.

⁸² Art. 3(2) de la Directiva 2013/48. Respecto a las decisiones de asistencia jurídica gratuita, vid. art. 6 de la Directiva 2016/1919.

⁸³ Art. 2(1) de la Directiva 2010/64 relativo a la interpretación.

⁸⁴ Art. 3(1) de la Directiva 2010/64 relativo a la traducción.

⁸⁵ S. CRAS-L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information*, *eu crim*, 2013, pp. 22, 26, 27. Vid. también el Considerando 28 de la Directiva 2012/13.

⁸⁶ Vid. art. 8(1) de la Directiva 2012/13; Arts. 3(3) lit. b), 8(2), 9(29), 10(2) lit. c) de la Directiva 2013/48; art. 7 de la Directiva 2012/64. La Directiva 2016/343 relativa a la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio sólo contiene una alusión al registro en el Considerando 39: Existe un deber de registro con arreglo al procedimiento previsto en el derecho nacional cuando la información re-

3.3 Recursos

Todas las Directivas exigen a los Estados Miembros que garanticen que la persona sospechosa o acusada, o su abogado, tenga derecho a impugnar las actuaciones de las autoridades nacionales que hayan vulnerado los derechos que le reconocen estas Directivas⁸⁷. Los Estados, de acuerdo con la Directiva 2010/64, deben además prever mecanismos para que el sospechoso o acusado pueda presentar una reclamación si la calidad de la interpretación no es suficiente para salvaguardar la equidad del proceso⁸⁸.

Con un tenor literal similar las Directivas sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y sobre presunción de inocencia también contienen reglas sobre la «admisibilidad de la prueba» obtenida vulnerando derechos relevantes (art. 12(2) de la Directiva 2013/48; art. 10(2) de la Directiva 2016/343). El texto debe leerse como un compromiso⁸⁹.

3.4 Calidad y formación

Todas las Directivas imponen a los Estados Miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar los estándares de calidad y la adecuada capacitación de quienes trabajan en la administración de justicia y, en particular, de quienes se desempeñan en el turno de oficio y quienes se ocupan de la traducción e interpretación⁹⁰.

3.5 La excepción de los delitos menos graves

Como regla general, las Directivas exigen de su aplicación en los casos de delitos menos graves, en particular cuando los procedimientos en primera instan-

lativa a las posibilidades de celebrar un nuevo juicio a la impugnación de las decisiones *in absentia* se hubiera proporcionado oralmente.

⁸⁷ Vid. art. 8(2) de la Directiva 2012/13; art. 12(1) de la Directiva 2013/48; art. 8 de la Directiva 2016/1919; art. 10(1) de la Directiva 2016/343. La cuestión de los recursos ha sido desarrollada en S. CRAS-A. ERBEZNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to be Present at Trial*, *eu crim*, 2016, p. 34.

⁸⁸ Art. 2(5) y art. 3(5) de la Directiva 2010/64.

⁸⁹ Para más información, vid. S. CRAS-A. ERBEZNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to be Present at Trial*, *eu crim*, 2016, p. 34, E. SYMEODNIDOU-KASTANIDOU, *The Right of Access to a Lawyer in Criminal proceedings*, *EuCLR*, 2015, p. 84.

⁹⁰ Respecto de la calidad, vid. art. 7(1), (4) de la Directiva 2016/1919; art. 5 de la Directiva 2010/64. Respecto a la formación, vid. art. 7 (2)-(3) de la Directiva 2016/1919; art. 6 de la Directiva 2010/64; art. 9 de la Directiva 2012/13.

cia se tramiten por autoridades ejecutivas, como la policía o las autoridades administrativas⁹¹. Las Directivas sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y asistencia jurídica gratuita incluyen en la excepción los procesos por infracciones menos graves que se tramitan ante órganos judiciales⁹². De esta forma se tienen en consideración las particularidades de la legislación de algunos Estados Miembros, en particular de Luxemburgo, donde las regulaciones municipales generales y los delitos menores de orden público se consideran infracciones penales y se juzgan por tribunales⁹³. Las Directivas no contienen una definición del concepto «delitos menos graves» (*minor offences*), dejando margen de apreciación nacional en la implementación de estos derechos.

Sección II. Derechos de defensa como fundamento del juicio justo. Dimensión comparada

1. INTRODUCCIÓN

En general, puede observarse que todos los ordenamientos de los países que participan en el proyecto se encuentran, en gran medida, en consonancia con las obligaciones derivadas de las Directivas que desarrollan la Hoja de ruta de 2009. Esto ocurre también en los Estados Miembros que no están obligados a implementar las Directivas.

En Dinamarca, que no está vinculada por ningún acto de la UE relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal adoptado *después* de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁹⁴ –lo que incluye la legislación europea sobre las garantías procesales en los procesos penales–, el Ministerio de Justicia realizó una evaluación interna de las obligaciones de las tres primeras Directivas, es decir, la Directiva 2010/64 relativa al derecho de interpretación y traducción, la Directiva 2012/13 sobre el derecho a la información, y la Directiva 2013/48 sobre el derecho a la asistencia de letrado. El Ministerio concluyó que «se creía» que la legislación danesa era «en general» conforme con las

⁹¹ Art. 1(3) de la Directiva 2010/64; art. 2(2) de la Directiva 2012/13. Respecto a la situación especial del derecho a no autoincriminarse, vid. art. 7(6) de la Directiva 2016/343.

⁹² Art. 2(4) de la Directiva 2013/48; art. 2(4) de la Directiva 2016/1919. Vid. también, respecto a las limitaciones a la asistencia jurídica gratuita, el Considerando 13, tercera frase de la Directiva 2016/1919.

⁹³ Para más información, vid. S. CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal proceedings, eucrim*, 2014, p. 37.

⁹⁴ Protocolo 22 al TUE y TFUE, OJ C 326, 26/10/2012.

exigencias derivadas de las Directivas europeas, aunque «podría» haber algunas pequeñas discrepancias. A pesar de que el análisis del Ministerio, por su naturaleza, no podía entrar en detalles, se constató que Dinamarca tendría que introducir algunos cambios si decidiera implementar las Directivas. Se trataría en todo caso de cambios de carácter formal, de variación del tenor literal de determinados preceptos, pero no de modificaciones sustanciales del ordenamiento danés.

En este contexto, tampoco debe perderse de vista que tanto las Directivas como la jurisprudencia del TEDH prevén excepciones (a priori aparentemente muy estrictas) a estos requisitos que otorgan a los Estados cierto margen de maniobra. Otro factor que debe ser considerado es que el derecho danés es extremadamente pragmático, de forma que, aunque podría ser necesario modificar algunos preceptos para que plasmen las exigencias de la norma europea, en realidad la práctica danesa parece ser ya acorde con ella. Un ejemplo de esta cuestión se encuentra en la regulación de la traducción de documentos que en la legislación danesa necesitaría ser ampliada ya que actualmente no garantiza el derecho a la traducción gratuita de *todos* los documentos que según la Directiva deben traducirse gratuitamente (art. 3, párrafo 2 Directiva 2010/64). Sin embargo –dependiendo de las concretas circunstancias del caso– en la práctica las sentencias, tanto la argumentación como el fallo, son traducidas, con el fin de garantizar un juicio justo al acusado. Por tanto, teniéndose en cuenta que el artículo 3, párrafo 7 de la mencionada Directiva prevé que pueda facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral de los documentos enumerados en el párrafo 2– se trata de una práctica que ya es llevada a cabo en Dinamarca.

En comparación con Dinamarca, Reino Unido presenta un estatuto diferente y ciertamente particular. Este país tiene la facultad de decidir, caso por caso, sobre la aplicación de los actos de la Unión relativos a la cooperación policial y judicial en materia penal⁹⁵. Reino Unido decidió declararse vinculado por las dos primeras directivas, es decir, por la Directiva 2010/64 (relativa a la traducción e interpretación) y la Directiva 2012/13 (derecho a la información), pero no tomó parte en las ulteriores normas europeas sobre garantías procesales, entre las que se encuentran las Directivas 2013/48 (derecho a la asistencia letrada), 2016/343 (presunción de inocencia) y 2016/1919 (asistencia jurídica gratuita). Sin embargo, es posible afirmar que las obligaciones derivadas de las Directivas respecto de las que declaró su exclusión voluntaria ya se reflejan en buena medida en la legislación vigente en Inglaterra y Gales. Aquí, además, deben tenerse en cuenta las excepciones y el margen de los estándares europeos. Un buen

⁹⁵ Art. 3 del Protocolo 21 al TUE y TFUE, OJ C 326, 26/10/2012.

ejemplo es el caso de las inferencias que pueden extraerse del silencio de la persona interrogada durante la fase de instrucción. Como se observó en la Sección I, el artículo 7, párrafo 5, de la Directiva 2016/343 debe leerse conjuntamente con el considerando 28 y el artículo 10, párrafo 2, que indican que la Directiva no establece estándares más elevados que los de la jurisprudencia del TEDH, que, a su vez, a menudo ha respaldado la obtención de inferencias del silencio de un acusado de acuerdo con la legislación del Reino Unido.

La situación descrita en Dinamarca y Reino Unido no es muy diferente a la que se observa en los Estados Miembros que sí están sujetos a la Directiva (por ejemplo, Italia, España, Alemania, Francia y Portugal). En esencia, cabe concluir que los ordenamientos jurídicos domésticos ya estaban enormemente alineados con las obligaciones de la Directiva, de forma que hasta ahora sólo han sido necesarios pequeños ajustes al implementar la normativa europea (y sólo pequeños ajustes serán necesarios cuando transpongan las Directivas de 2016). No han surgido diferencias sustanciales respecto de las obligaciones europeas, sino que sólo han sido necesarios algunos cambios en partes concretas de las legislaciones nacionales⁹⁶.

2. IUS COMMUNE POR DEFECTO

Dejando a un lado las posibles excepciones y margen de maniobra y analizando más detenidamente varios derechos de defensa, puede concluirse más específicamente que las siguientes características conforman la base común de las garantías procesales en los procesos penales que afectan a los países de la UE. No son sino indicadoras de un «acervo» que va más allá del establecido por la normativa de la UE y del Consejo de Europa (Vid. Sección I). Dadas las restricciones de espacio, este «acervo» se presentará únicamente con unas breves notas.

2.1 Derecho a la información

– Tanto el derecho europeo como las regulaciones procesales nacionales ponen el foco en la inmediatez de la información, es decir, en que se proporcione en un momento muy temprano del procedimiento, de forma confidencial y con detalle.

⁹⁶ Respecto a Francia, vid. también F. GROS, *The EU Directives on the Rights of Suspects- State of Transposition by rance, eucrim*, 2017, p. 27. Este autor también ha señalado que la transposición de los estándares europeos había tenido más impacto en las investigaciones penales llevadas a cabo por la policía bajo la supervisión de la Fiscalía que en las dirigidas por el *juge d'instruction*.

– El detalle de la información es ampliamente garantizado en los sistemas nacionales. Además, el nivel de detalle aumenta si la persona se encuentra detenida o en prisión. Todos los ordenamientos muestran especial cuidado en los casos de prisión provisional, haciéndose la comunicación de derechos por escrito y con una redacción precisa y sencilla.

– Las particulares desventajas de los acusados que no están familiarizados con el lenguaje utilizado en los procesos penales o que son especialmente vulnerables se solucionan, entre otras vías, procurando transmitir la información de manera simple, clara, precisa y comprensible y adaptando el lenguaje al destinatario de la información⁹⁷.

– El escrito de acusación desempeña un papel fundamental. Es un estándar común en los ordenamientos nacionales que al menos en este estadio del procedimiento, en el que el acusado es formalmente estigmatizado por su conducta, le sean notificados los hechos y los fundamentos jurídicos de los cargos que se le imputan. Esta es habitualmente la fase anterior al inicio del juicio oral y la información sobre la acusación deviene esencial para garantizar un juicio justo, dándole al acusado la oportunidad de defenderse⁹⁸.

2.2 Derecho a estar presente en el juicio

– La presencia del acusado en la sala durante el juicio se ha convertido en un estándar europeo. Dicha presencia se considera colmada cuando, en el acto del juicio, el acusado comparece al menos mediante la representación efectiva de un abogado defensor o en un nuevo juicio con una nueva determinación de los fundamentos –de hecho y de derecho– del caso⁹⁹.

– La jurisprudencia del TEDH influyó en gran medida en varias reformas y, en concreto, el sistema italiano parece finalmente alinearse con el estándar europeo tras la reforma de 2014¹⁰⁰. El juez tiene ahora más posibilidades

⁹⁷ Esta cuestión está a menudo expresamente prevista en la ley, como ocurre por ejemplo en el art. 293(1) del Codice di Procedura Penale italiano y en el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento penal española; en Inglaterra y Gales: S. 3.3.ª de la Police and Criminal Evidence Act, revisado por el Code of Practice C.

⁹⁸ De acuerdo con el Tribunal Constitucional Español, el escrito de acusación exige el mayor grado de detalle en la información en comparación con otras diligencias realizadas durante las fases previas del procedimiento, incluso las detenciones y entradas en prisión.

⁹⁹ Vid. También T. WAHL, *Der Rahmenbeschluss zu Abwesenheitsentscheidungen*, *eu crim*, 2015, p. 70; una valoración ciertamente moderada de la práctica, vid. M. WADE, *Securing Defence Rights in Transnational Proceedings*, *EJ Crime CLCJ*, 23 (2014), pp. 145, 158-159. Sobre el impacto de las obligaciones de la Directiva 2016/343 en el establecimiento de estándares europeos en materia de asistencia mutua, vid. nt. BOSE, *Neue Standards für abwesened-sverfahren in «Fluchtfütien»?* *Stragveittidyer*, 2017, p. 754.

¹⁰⁰ Ley n. 67/2014.

de aplazar las audiencias en caso de ausencia de la persona que es objeto del procedimiento.

– Se aceptan ampliamente las excepciones al derecho a estar presente en caso de procedimientos escritos que puedan conllevar la imposición de sanciones penales¹⁰¹. El sistema procesal alemán (*Strafbefehlsverfahren*) para los delitos leves y menos graves, admite que sean resueltos unilateralmente por el fiscal y el órgano judicial sin audiencia y juicio formal, pero con la posibilidad de imponer sanciones penales que incluyen una multa o suspensión de la pena hasta un año¹⁰².

2.3 Derecho a ser asistido por un letrado de su elección

– Los estándares europeos relativos a la presencia de un abogado y su asistencia efectiva ya desde las declaraciones en sede policial han elevado considerablemente el estándar a nivel nacional. Por ejemplo, Francia modificó recientemente su legislación nacional, permitiendo que los sospechosos sean asistidos por un letrado desde los primeros momentos de las diligencias de prueba que ocurre ya en su declaración ante la policía tras ser detenido¹⁰³. El derecho alemán no recogía el derecho a ser asistido por un letrado durante los interrogatorios policiales; Alemania adaptó su legislación a los requerimientos de la Directiva¹⁰⁴.

– Garantía de acceso a un letrado sin dilaciones indebidas después de la privación de libertad¹⁰⁵. Se aplica no sólo a la prisión provisional sino también a otras formas de detención, como la custodia policial¹⁰⁶.

¹⁰¹ Resulta interesante señalar que en el ordenamiento jurídico español no existen procedimientos penales escritos.

¹⁰² Para más información, vid. B. HUBER, *Criminal Procedure in Germany*, en VOGLER/HUBER (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, 2008, pp. 350-351. El derecho a estar presente puede ejercitarse si el acusado presenta una impugnación (*Einspruch*) contra una orden penal, y el órgano judicial establece una fecha para la vista.

¹⁰³ Vid. F. GROS, *The EU Directives on the Rights of Suspects*, *eucri*, 2017, p. 29, con ulteriores referencias.

¹⁰⁴ Vid. BR *Drucks.* 419/16, p. 8 y Ley de 27 de agosto de 2017, BGBl I N. 60, p. 3295. También establece la obligación de la policía de informar sobre servicios jurídicos de emergencia. Vid. también STEDH (GS), 20 de octubre de 2015, *Dvorshi v. Croacia*, §78, haciendo hincapié en que la capacidad del acusado de designar al letrado de su elección desde las fases iniciales del procedimiento es un estándar generalmente reconocido en el ámbito de los derechos humanos.

¹⁰⁵ La ley alemana estipula que la participación del abogado defensor es obligatoria si se ejecuta la detención preventiva de conformidad con la Sección 112 o 112.^a GCPC y el abogado defensor será nombrado sin demora después del comienzo de la ejecución.

¹⁰⁶ Respecto a Francia, vid. F. GROS, *The EU Directives on the Rights of Suspects*, *eucri*, 2017, p. 29, que también indica que las reuniones con el letrado están sometidas a ciertas restricciones. En Italia

– Estrecho vínculo entre el derecho de acceso a un abogado y la necesidad de información sobre este derecho, de modo que todos los ordenamientos también atribuyen obligaciones de información a las autoridades competentes.

2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita

A pesar de que aún existen considerables diferencias en los sistemas de asistencia jurídica gratuita (debido en parte al margen permitido por el artículo 4(3 c) de la CEDH y de la Directiva 2016/1919), los siguientes aspectos son comunes en los ordenamientos nacionales: las autoridades competentes para decidir sobre el beneficio de la asistencia jurídica gratuita deben hacerlo en un corto espacio de tiempo, o en un plazo establecido a tal efecto, y dicha decisión, cuando fuera denegatoria, es susceptible de recurso¹⁰⁷.

2.5 Derecho a traducción e interpretación gratuitas

– Tanto a nivel europeo como a nivel nacional, la asistencia gratuita de un intérprete se considera esencial para garantizar un juicio justo. Italia y España incluso lo consagran en sus constituciones y los tribunales nacionales interpretan este derecho de una forma amplia/extensiva.

– Se han puesto en marcha procedimientos de evaluación o verificación para determinar el nivel de dominio del idioma y la necesidad de asistencia de un intérprete¹⁰⁸. El juez con competencias para decidir debe cumplir también con sus obligaciones positivas de resolver las dificultades lingüísticas que existan y, en su caso, asegurar la adecuación de la interpretación, puesto que el derecho debe ser «práctico y efectivo». Los tribunales nacionales habitualmente adoptan la aproximación del TEDH en este contexto: el juez es el «guardián último de la equidad del procedimiento» y por

se emplea, además de la prisión provisional, la detención policial como forma de privación de libertad.

¹⁰⁷ Vid., por ejemplo, los arts. 93 y 96 de la Ley n. 115/20025 en Italia; y la Criminal Legal Aid (General) Regulations 2013 en Inglaterra y Gales.

¹⁰⁸ Sin embargo, habitualmente, siguen echándose en falta algunas directrices prácticas para evaluar la necesidad de intérprete (FRA, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translations, interpretation and information*, Report 2016, p. 32).

tanto debe velar por los intereses del acusado cuando se hayan valorado las dificultades reales que la ausencia de interpretación pudiera crear¹⁰⁹.

– La posible necesidad de asistencia de un intérprete se establece ya en las fases más tempranas del procedimiento penal, lo que incluye las diligencias de investigación llevadas a cabo por la policía y el órgano judicial (por ejemplo, la declaración en sede policial). El derecho a interpretación gratuita está en buena medida extendido a las comunicaciones abogado-cliente, al menos cuando están «directamente relacionadas» con la investigación oficial o con el proceso, como declaraciones, vistas o fianzas.

– El Estado no puede recuperar los costes de la traducción o interpretación de una persona acusada que posteriormente sea condenada. No es posible sortear el significado de «gratuito» (en francés: «*gratuitement*»), tal y como se consagra en el artículo 6(3) de la CEDH, mediante decisiones posteriores al juicio. Los Estados deben asumir los costes de la designación del intérprete/traductor independientemente de cuál sea el resultado del proceso.

2.6 Derecho a no autoincriminarse

El alcance del derecho a no autoincriminarse fue determinado a nivel europeo por la jurisprudencia del TEDH en el caso *Saunders y J. B*¹¹⁰. A nivel nacional, la ley establece el derecho a no declarar contra uno mismo. Todos los ordenamientos prestan especial atención a las personas que inicialmente realizan una declaración en calidad de testigos y después ocupan la posición de imputados. Si a una persona se le toma declaración cuando aún no ha sido imputada y realiza declaraciones que pueden incriminarle, la autoridad que está tomando la declaración tiene obligación de detener el interrogatorio e informar al sujeto de la posibilidad de que el procedimiento se dirija contra él¹¹¹. Estas declaraciones previas a la imputación no pueden ser usadas en su contra. Asimismo, si la persona declaró como imputado desde el principio, tampoco podrán ser usadas en ningún caso.

¹⁰⁹ STEDH, 24 de septiembre de 2002, *Cuscani v. RU*, n. 32771/96, §39.

¹¹⁰ STEDH, 17 de diciembre de 1996, *Saunders v. RU*, n. 19187/91, §71; STEDH de 3 de mayo de 2001 *J. B. v. Suiza*, n. 31827/96, §66.

¹¹¹ Vid., por ejemplo, arts. 63 y 198 del CPC; Sec. 55 GCPC; en España vid. también las SSTC n. 18/1990, 128/1993, 23/1993 y 2777/1994.

3. TENDENCIAS EXISTENTES/EMERGENTES

3.1 «Constitucionalización» de los derechos de defensa

En la mayoría de Estados Miembros de la UE, el derecho de defensa ha alcanzado un estatus constitucional (es el caso de Italia, España, Francia y Portugal). Sin embargo, el alcance de esta garantía difiere. En Francia, por ejemplo, no hay un artículo que aborde expresamente los derechos de defensa (comparable al art. 48, párrafo 2 CDFUE), aunque la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional sí que les ha reconocido un estatus constitucional. En otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, el portugués¹¹², y el español¹¹³, sí que existe una mención expresa. El precepto constitucional italiano puede tomarse como modelo para un futuro desarrollo europeo, pues no sólo establece que el derecho de defensa es un derecho inviolable en cada una de las fases e instancias del procedimiento y consagra la presunción de inocencia, sino que también define los elementos del debido proceso de forma precisa (art. 111). Además, prevé una específica reserva de ley parlamentaria para regular los aspectos del debido proceso.

En países donde la constitución goza de menor relevancia, como Dinamarca, o que carecen de un texto constitucional escrito, como Reino Unido, se observa que los derechos de defensa tienen al menos la consideración de principio fundamental (Reino Unido). En Dinamarca, esto es así principalmente en la medida en la que los derechos y garantías de la CEDH resultan directamente aplicables.

Alemania adopta un sistema mixto. La Constitución (*Grundgesetz*)¹¹⁴ no incluye mención expresa y general respecto de los derechos de defensa de las personas sometidas a un proceso penal. La Constitución sólo menciona expresamente algunos derechos de defensa, especialmente el derecho a ser oído (art. 103, párrafo 1). Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha otorgado estatus constitucional a varios derechos de defensa, como el *nemo tenetur* o el derecho a estar presente en el juicio (derivados o del *Rechtstaats* consagrado en la Constitución o de derechos básicos consagrados en la primera parte de la *Grundgesetz*). Finalmente, otros derechos de defensa regulados en el código de procedimiento penal, es decir, en una ley federal, se consideran únicamente fundamentales.

¹¹² Art. 42 (2) de la Constitución.

¹¹³ En España, el derecho de defensa está formulado en términos negativos como «prohibición de indefensión».

¹¹⁴ Los borradores de *Grundgesetz* tras la II GM contenían un artículo sobre el derecho de los acusados a ser asistidos por un abogado y a ser oído. El derecho a la asistencia jurídica finalmente no fue incluido en la versión final de la Constitución por varias razones (RÜPING, en *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2005, art. 103, párrafo 1, mn3).

3.2 Exhaustividad y mecanismos de verificación del derecho a la información

Los sistemas de justicia penal europeos han avanzado hacia deberes de información/instrucción cada vez más amplios y comprensivos que incumben a las autoridades competentes durante los diferentes procesos penales. Este desarrollo puede considerarse una garantía de mayor transparencia, que tiene como propósito principal hacer que los derechos de defensa del acusado sean más efectivos. La única restricción a este respecto deriva de la «necesidad del secreto de las investigaciones», por ejemplo en los casos de serio peligro para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o en los que pudiera verse comprometida la investigación o el proceso¹¹⁵.

El aumento en la cantidad y la exhaustividad de la información que debe proporcionarse al acusado y a otras partes del proceso penal se caracteriza por diversos rasgos que varían de un país a otro. Por ejemplo:

Mientras que varios Estados Miembros han implementado prácticamente de forma literal el catálogo de derechos de los que el sospechoso, acusado o detenido debe ser informado que contiene la Directiva¹¹⁶ y Polonia, Inglaterra y Gales han ido más allá. En la regulación procesal polaca existe un detallado precepto (art. 300) que incluye un extenso listado de derechos de los que el sospechoso debe ser advertido antes de su primer interrogatorio. En Inglaterra y Gales la notificación escrita que se realiza a los detenidos contiene más información que la declaración de derechos establecida en el artículo 4 de la Directiva 2012/13. Debido al carácter adversarial del procedimiento penal en Italia, la normativa de este país establece numerosas obligaciones de información durante la fase de instrucción, incluyendo la notificación (escrita) al sospechoso antes de que se lleve a cabo una actividad a la que su abogado tenga el derecho de asistir (*informazione di garanzia* en caso de interrogatorio del investigado, careos, inspecciones, ruedas de reconocimiento y el denominado «*accertamentotecnico non ripetibile*», es decir, la obtención de pruebas mediante el interrogatorio de expertos (*accertamentotecnico*) cuando éste no puede repetirse)¹¹⁷; el deber de la Fiscalía de informar al investigado antes de que finalice la investigación a través del *avviso di conclusione delle indagini preli-*

¹¹⁵ Así se establece con claridad, por ejemplo, en la legislación española, que también es seguida en el procedimiento penal italiano y alemán.

¹¹⁶ Entre otros, Italia, Alemania y España.

¹¹⁷ Art. 369 CPC; la *informazione di garanzia* debe realizarse separadamente respecto de cada una de las diligencias de investigación, es decir, debe reiterarse cada vez que una de estas diligencias se lleva a cabo.

*minari*¹¹⁸, o el deber de la Fiscalía de notificar el cambio de los cargos durante la vista preliminar¹¹⁹. En la normativa española existe una obligación continua del Ministerio Fiscal de concretar la información durante las diferentes etapas de la instrucción (por ejemplo, la querrela, decisión de incoar diligencias, la decisión de adoptar medidas cautelares, escrito de acusación...).

Se constata también una tendencia a que los sistemas nacionales establezcan ciertos mecanismos de «verificación y estandarización» para asegurar que el ejercicio del derecho es práctico y eficaz¹²⁰. Por ejemplo: El juez italiano debe asegurar que se proporciona información completa a la persona detenida y, en cierta medida, también de que esta información haya sido adecuadamente comprendida. El derecho alemán además establece que el juez debe examinar la capacidad intelectual del sospechoso para comprobar que la información se ha comprendido lo suficiente o si, por el contrario, debe proporcionársele también de forma oral¹²¹. Además, el Ministerio de Justicia Federal proporciona diversas hojas informativas (*Belehrungsfomulare*) que se encuentran disponibles online¹²² y que se redactan en múltiples idiomas de forma que el juez puede emplear estos documentos para cumplir con sus obligaciones de informar a las personas detenidas que no dominan el alemán. En Dinamarca, aunque no es requerido legalmente, existen folletos sobre los derechos del acusado y los abogados habitualmente las traducen o proporcionan interpretación de estos folletos.

El estándar europeo se limita a sospechosos y acusados pero muchos ordenamientos nacionales reconocen derechos de información a otros partícipes del proceso penal. En el derecho italiano, existen otras obligaciones de información directamente con el abogado del sospechoso/acusado.¹²³ En el derecho danés, el Ministerio Fiscal tiene también obligaciones de información frente a la víctima, debiendo informarle de la fecha de la vista, las apelaciones y la

¹¹⁸ Art. 415 bis CPC.

¹¹⁹ Art. 423 CPC.

¹²⁰ Vid. Fra, *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, Report 2016, <https://fra.europa.eu/en/publication/2016/rights-suspected-and-accused-persons-across-eu-translation-interpretation-and>, p. 66 (último acceso: 13.1.2020)

¹²¹ Vid. 114b CCP. Vid. también D. HERRMANN, en SATZGER/SCHLUCKER/WIDMAIER (eds.), *Strafprozessordnung*, 2014, §114b StPO, mn. 3.

¹²² Disponibles online aquí: https://www.bmjv.de/DE/Service/Suche/Belehrungsformulare suche/suche_node.html (último acceso 13.1.2020)

¹²³ El abogado debe ser informado de los interrogatorios del acusado que el Ministerio Fiscal puede decidir realizar inmediatamente después de la detención (art. 388 CPC); al menos 24 horas antes de llevar a cabo cualquier diligencia de investigación, fiscalía debe informar al letrado del acusado de las siguientes diligencias, a saber, las declaraciones, inspecciones, careos y ruedas de investigación (art. 364(1) y (3) CPC).

celebración de un nuevo juicio (salvo que sean testigos)¹²⁴. También los perjudicados disfrutaban de derechos de información, como el derecho a estar presente en el juicio y a presentar reclamaciones civiles dentro del proceso penal. La legislación procesal polaca establece un principio general de lealtad que obliga a las autoridades procesales a informar de sus derechos a las personas interesadas. De acuerdo con el artículo 16, párrafo 2, del Código de Procedimiento penal, las autoridades deben informar a las partes, en caso de ser necesario, de sus derechos y obligaciones incluso aunque no esté expresamente establecido por la ley. Si la autoridad en cuestión no proporciona esta información y a la luz de las circunstancias se considera que era indispensable, o si la autoridad proporciona la información de forma defectuosa, la parte no podrá verse perjudicada por ello en ningún momento del proceso.

3.3 El deber del acusado de comparecer y las garantías para su comparecencia práctica/efectiva

Tal y como se mencionó en el epígrafe 2.2, los estándares europeos han conllevado la desaparición gradual de las excepciones al derecho del acusado a estar presente en el juicio. Esta tendencia puede comprobarse en las diversas reformas del juicio *in absentia* en Italia. Aunque ésta es solo una cara de la moneda. De otro lado, muchos ordenamientos jurídicos se construyen sobre el deber del acusado de estar presente en el juicio. El derecho procesal penal en Alemania establece, como principio, que no pueden celebrarse vistas sin la presencia del acusado y que el acusado que ha comparecido no puede ausentarse de la misma¹²⁵. El propósito de estos preceptos no es otro que permitir al tribunal recibir una impresión directa del acusado, su comportamiento y sus declaraciones que le sirva para esclarecer la verdad¹²⁶. El principio general de que un acusado debe estar presente en el juicio también está vigente en Reino Unido. Su comparecencia puede garantizarse por los magistrados. El acusado debe comparecer al inicio del juicio para realizar alegaciones. En la práctica, el acusado está presente durante todo el juicio. Por lo general, el órgano judi-

¹²⁴ Es diferente en Alemania: Si la víctima no es también testigo o interviene en el proceso penal como acusación particular (*Nebenkläger*), la víctima recibe información sobre ciertos asuntos sólo cuando así lo solicita (vid. Sec. 406d GCPC). Para más información sobre los derechos de información de las víctimas en el proceso penal alemán, vid. el folleto del Ministerio de Justicia Federal, «*OpferFibel*», disponible online: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Opferfibel.html> (último acceso 13.1.2020).

¹²⁵ Sec. 230(1) y 231(1) del GCPC.

¹²⁶ W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, 13.ª ed., 2016, mn. 382.

cial no puede proceder si el acusado está ausente¹²⁷. En consecuencia, el procedimiento tampoco puede continuarse en caso de ausencia del letrado de la defensa¹²⁸. Sin embargo, los ordenamientos de Alemania y Reino Unido prevén ciertas excepciones que permiten la continuación in absentia, como los casos de incomparecencia voluntaria, incapacidad para comparecer o por conducta indebida. De forma similar, la normativa procesal española establece la obligación del acusado de estar presente en la vista del juicio oral.

Otro rasgo característico de numerosos sistemas de justicia penal es que la legislación procesal no sólo garantiza que el acusado esté físicamente presente sino también que su presencia sea práctica y efectiva. Así, en Reino Unido, por ejemplo, el deber de estar presente conlleva que, en caso de necesitarlo, el acusado disponga de intérprete¹²⁹. El derecho español incluso reconoce «el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa» como parte del derecho constitucional de defensa¹³⁰. En el derecho alemán, existen regulaciones extensivas que garantizan el derecho del acusado a ser oído¹³¹. Como regla general, el acusado debe ser oído antes de cada decisión judicial que pudiera perjudicarlo. Partiendo de aquí, es posible afirmar que existe una obligación positiva para los jueces y/o autoridades judiciales de garantizar la efectividad de las salvaguardas procesales.

3.4 Aproximaciones proactivas para asegurar la asistencia letrada y las investigaciones de la defensa

Igual que ocurre con el derecho a estar presente en el juicio, se constata también la tendencia de que el derecho del acusado a ser asistido por un letrado no sólo deba ser asegurado por las autoridades competentes de una forma pasiva, sino que es necesario que adopten una actitud proactiva para hacer que

¹²⁷ Salvo en el caso de que el tribunal acepte su renuncia a comparecer y considere que el juicio será justo a pesar de su ausencia (vid. r. 25.2(1)(b) del Criminal Procedure Rules, que aplica en todos los casos penales en *Magistrates' Courts* y en *Crown Courts*, así como en los asuntos penales competencia de la Corte de Apelación.

¹²⁸ Vid. al respecto, *Coolidge* (1996) Crim LR748.

¹²⁹ *Kunnath v. State* (1993) 4 All ER 30.

¹³⁰ Este derecho incluye:

– El derecho a proponer los medios de prueba que el acusado considere necesarios para su defensa (STC n. 33/2000);

– El derecho a obtener una resolución razonada sobre la inadmisión de alguno o de todos los medios de prueba propuestos (STC n. 12/1989);

– Derecho a la práctica de los medios de prueba propuestos.

¹³¹ Por ejemplo, Secciones 33(1), (3), 136(1), 201(1), 243(5), 257(1), 258(1), (2), 265, 356.^a GCPC.

este derecho sea «práctico y efectivo». La posición más consolidada a este respecto se encuentra en España, donde los jueces tienen la obligación de asegurar la efectividad del derecho a ser asistido por un letrado, es decir, que deben asegurarse no sólo de que al sujeto le asista un letrado del turno de oficio sino que tienen también la obligación de poner remedio a las situaciones en las que ésta defensa permanece pasiva. En el derecho polaco¹³², las autoridades competentes están obligados a permitir al acusado a contactar con su abogado de forma inmediata, es decir, tan pronto como sea técnicamente posible. El contacto podrá realizarse en una conversación directa, mediante una llamada telefónica, un email o un fax, pero no es suficiente, sin embargo, el envío de una carta.

A pesar de la diferencia esencial entre los sistemas penales acusatorios e inquisitivos, muchos sistemas de justicia penal en Europa incluyen elementos «adversariales» mediante la participación del letrado de la defensa, sobre todo en las actuaciones preliminares. Al hacerlo, el poder de la defensa también se fortalece, lo que conduce finalmente a alcanzar la igualdad de armas. Dos cuestiones merecen ser referidas:

– Muchos ordenamientos jurídicos establecen la designación de abogado *ex officio* como una actuación preliminar. En Italia, que se caracteriza por la naturaleza adversarial del procedimiento penal, el acusado debe siempre –incluso en los procedimientos por delitos menos graves– ser asistido por un letrado y, en consecuencia, la autoridad judicial (juez o fiscal) debe designar un letrado para el acusado que no disponga de uno (*difensore d’ufficio*)¹³³. A diferencia del sistema italiano y español, en Alemania y Polonia la asistencia letrada obligatoria depende de determinadas circunstancias establecidas legalmente y que están relacionadas –por así decirlo– con la situación personal del acusado, la gravedad de la infracción o la complejidad del caso¹³⁴.

– Los letrados de la defensa tienen la posibilidad de llevar a cabo investigaciones, a salvo de medidas coercitivas. En el procedimiento italiano, se otorga la facultad de realizar investigaciones defensivas, asegurando este derecho mediante una previsión legal, con el objetivo de que la confrontación sea más eficaz. Un letrado italiano tiene la posibilidad, entre otras, de interrogar a testigos, obtener declaraciones escritas de éstos, requerir documentos o infor-

¹³² Art. 245, párrafo 1, CCP.

¹³³ Vid. también art. 97(1) CPC. Sin embargo, en Reino Unido, la designación de un letrado de oficio es excepcional.

¹³⁴ Vid. también art. 79 del polaco CCP; Sec. 140, 141 GCPC. Respecto a la legislación española, cf. art. 118.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

mación de autoridades administrativas, acceder a locales públicos y privados (con autorización judicial previa) o requerir peritajes¹³⁵. La legislación de Reino Unido además permite que el acusado lleve a cabo toda investigación que estime oportuna. Puede entrevistarse con testigos, realizar análisis científicos, encargar peritajes, etc. La defensa además está legitimada, a la luz de la *Criminal Procedure and Investigation Act* de 1996, a acceder a todo el material de la acusación relevante y no empleado, antes del juicio. La defensa no debe solicitar autorización para realizar su investigación. Si se trata de defensa financiada con fondos públicos (turno de oficio), sí que es necesario realizar una solicitud de fondos para concretos actos de investigación (por ejemplo, peritajes) al órgano judicial¹³⁶.

Aunque no es un sistema de naturaleza adversarial y no está detallado en la ley, el letrado de la defensa en el proceso penal alemán también puede investigar los hechos –de forma independiente a las investigaciones que realice el Ministerio Fiscal o la policía. Con un alcance similar está prevista esta posibilidad en el sistema italiano¹³⁷. Las investigaciones privadas también se permiten en España, siempre que la obtención de prueba que tenga lugar en ese contexto no obstruya la investigación pública¹³⁸. En Dinamarca, las investigaciones paralelas llevadas a cabo por la defensa son una cuestión controvertida desde que el Tribunal Supremo censuró los acercamientos de los abogados de la defensa a los testigos que habían sido interrogados por la policía y citados a declarar judicialmente¹³⁹. En todo caso, la obstrucción de procedimientos penales está prohibida.

3.5 Calidad y extensión del sistema de asistencia jurídica gratuita

Respecto a las tendencias europeas en materia de asistencia jurídica gratuita, pueden realizarse dos observaciones:

¹³⁵ Vid. para mayor detalle, G. BANA, L. CAMALDO y M. TROGLIA, *Feuille de route et droits de la défense, eucrim*, 2017, pp. 31, 32.

¹³⁶ T. HOWSE, «England», en K. LIGETI (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union. A comparative Analysis*, vol. 1, 2013, pp. 174-175.

¹³⁷ Vid. W. BEULKE y F. RUHMANNSEDER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2.^a ed., 2010, mn. 84 ss.

¹³⁸ La legislación española, sin embargo, lo compensa otorgando al acusado la posibilidad de proponer diligencias de investigación al juzgado de instrucción.

¹³⁹ En consecuencia, muchos abogados permanecen inactivos y dejan que sean las autoridades las que se ocupen de la investigación. Teniendo en cuenta la situación danesa y también los inconvenientes que plantea en la práctica, no es posible afirmar que las investigaciones privadas paralelas formen parte del «acervo europeo».

Requisitos de calidad de los abogados que participan en el servicio de asistencia jurídica gratuita. Algunos ordenamientos ya exigen ciertas condiciones a estos letrados. En Italia, por ejemplo, se exige al menos dos años de colegiación en el colegio de abogados y no haber sido sancionado disciplinariamente por infracciones graves en los cinco años anteriores a su solicitud de participación en el turno de oficio¹⁴⁰. Un criterio más exigente ha sido adoptado en Dinamarca, donde el Estado se ocupa de la selección y de garantizar la calidad de estos abogados. Así, el Ministerio de Justicia realiza la designación atendiendo a las recomendaciones de los tribunales y tras la consulta con el colegio de abogados local y nacional. La selección se realiza con gran cuidado y, a menudo, entre especialistas o letrados destacados. Otros sistemas (como el español, el alemán o el británico) actualmente ceden la tarea de garantizar la calidad de los abogados del turno de oficio a los colegios de abogados, apostando por un sistema – más o menos– autorregulado. Aún está por ver si estos sistemas serán modificados con la trasposición de la Directiva 2016/1919, a la luz de los estándares de calidad que ésta establece.

Víctimas y otras partes en el proceso penal como beneficiarios de asistencia jurídica gratuita. Curiosamente, el acusado no está legitimado a obtener asistencia jurídica gratuita como tal en el derecho alemán (vid. infra), pero la víctima sí que es titular de este derecho. Las víctimas que carecen de recursos económicos pueden solicitar un letrado, cuyos honorarios son asumidos por el Estado, si no pueden –o no es razonable esperar que puedan– defender por sí mismas sus intereses. También son titulares de este derecho los testigos vulnerables durante sus declaraciones. También lo son, independientemente de su situación económica, los perjudicados por delitos de cierta gravedad –como abuso sexual, violación, intento de asesinato u homicidio– u otros delitos graves que les hubieran causado un grave perjuicio físico o psíquico –como robo o secuestro– que sean admitidos como acusación particular (*Nebenkläger*)¹⁴¹. La designación de letrados para las víctimas también está prevista en la legislación danesa aunque, en este caso, se opta por una configuración multinivel (es decir, en algunos casos, como en los procesos por delitos sexuales graves, la designación es automática; en otros casos, como en delitos violentos, ésta debe ser solicitada; y, finalmente, en otros supuestos como los delitos sexuales de menor gravedad, la designación se realiza a discreción del tribunal). En Italia, el sistema de justi-

¹⁴⁰ Vid. art. 81 Decreto n. 115/2002.

¹⁴¹ Vid. Sec. 397a GPC. Estos letrados son denominados «*Opferanwalt*» («abogado de la víctima»). El Estado costea sus honorarios.

cia gratuita no sólo incluye al acusado sino también al perjudicado y a otras partes en el procedimiento mencionadas en el artículo 74 de la Ley n. 115/2002. En Inglaterra y Gales, pueden ser beneficiarios de asistencia jurídica gratuita las –(1) «*personas que se encuentran ante un juzgado o tribunal u otra persona en un proceso penal*» y las –(2) «*personas que han sido objeto de un proceso penal*».

3.6 *In dubio pro-interpretación*

Todos los sistemas judiciales europeos establecen que los procedimientos solo pueden realizarse en el idioma oficial del país, pero a su vez destacan la importancia de la interpretación a la lengua de los sospechosos que, o no la entienden o no disponen de un manejo suficiente para expresar sus ideas de forma satisfactoria. Muchos ordenamientos construyen el derecho y la obligación de interpretación de una forma extensiva (Italia, España, Portugal), asumiendo incluso una premisa que podríamos denominar «*in dubio pro-interpretación*». Sin embargo, otros países hacen un uso extensivo de las excepciones previstas en la Directiva 2010/64. La explicación ofrecida por el legislador alemán tras la transposición de la Directiva concluyó que en la práctica alemana también deberían usarse ampliamente estas excepciones¹⁴².

Por otra parte, los sistemas de justicia europeos son muy estrictos cuando se trata de escritos realizados por el acusado -como, por ejemplo, impugnaciones y apelaciones- con el fin de que sean traducidos a la lengua del tribunal. La opinión predominante establece que tales estos escritos son inadmisibles o inválidos y que las pretensiones que contienen quedan sin efecto. En la práctica este es, sin embargo, un problema de menor importancia ya que se asume que el acusado está asistido por un letrado que presenta los escritos de acuerdo con la normativa del país.

3.7 **Efecto expansivo del *nemo tenetur* en procedimientos administrativos/tributarios**

Prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos europeos los ciudadanos tienen la obligación de cooperar con las autoridades administrativas. El

¹⁴² El legislador mantuvo expresamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal que considera que la traducción de la sentencia completa no es necesaria si el acusado está asistido por un letrado.

derecho a no autoinculparse sólo entra en juego si en el curso del procedimiento se revelan indicios de actividad criminal. En la práctica, los casos más relevantes afectan a la relación entre el procedimiento tributario y el procedimiento penal –principalmente, en casos de fraude fiscal. Estos procedimientos a menudo avanzan de la mano, pues las autoridades tributarias no sólo se ocupan de determinar las bases para la adecuada liquidación del impuesto sino también de la investigación del delito fiscal. En el ámbito tributario, el sujeto obligado está constreñido a proporcionar de forma periódica cierta información (por ejemplo, está obligado a entregar los libros contables, documentos, declaraciones y recibos que puedan ser relevantes para la liquidación del impuesto). En la práctica, esta es a menudo la única fuente de información sobre los hechos relevantes para la tributación y, a la vez, mediante esta entrega de información, la persona en cuestión podría estar confesando un fraude fiscal –consumado o intentado– que es una conducta tipificada como delito en todos los Estados Miembros de la UE. El resultado es un conflicto con la presunción de inocencia y el derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio, que claramente establece que no es necesario que el sujeto participe activamente en el esclarecimiento de los hechos en un procedimiento penal.

Aunque los Estados Miembros difieren en la forma de resolver este conflicto –algunos como Alemania¹⁴³ y Dinamarca¹⁴⁴ estableciendo (detalladas) regulaciones y otros como Italia y España con desarrollos jurisprudenciales a cargo de sus tribunales supremos– es posible identificar en todos los países lineamientos comunes. Como punto de partida, los ordenamientos asumen la separación entre los procedimientos administrativos (principalmente tributarios) y penales¹⁴⁵, aunque las fronteras entre unos y otros a menudo sean difusas y en algunos estados incluso sea la misma autoridad quien se ocupe de ambos¹⁴⁶. Se establece además que el derecho a no autoinculparse debe tener algún efecto en los procedimientos tributarios y que representa un obstáculo para las autoridades instructoras¹⁴⁷. Por tanto, el *nemo tenetur* tiene un efecto expansivo sobre los procedimientos administrativos y, en particular, sobre los tributarios. Principalmente se establece que las medidas coercitivas contra el contribuyente no pueden emplearse en procedimientos tributarios en los que podrían forzarle a atri-

¹⁴³ Vid. Sec. 393 del Código Tributario Alemán (*Abgabenordnung*).

¹⁴⁴ Vid. Sec. 9 y 10 de la Ley n. 442 de 9 de junio de 2004.

¹⁴⁵ Desde mi punto de vista, así ha sido también reconocido por el TEDH (vid. STEDH, 3 de mayo de 2001, *J. B. v. Suiza*, § 63. La independencia de ambos procedimientos está claramente establecida por el Tribunal Constitucional italiano en la resolución n. 33 de 14 de febrero de 2002.

¹⁴⁶ Vid., por ejemplo, Sec. 208 del Código Tributario Alemán (*Abgabenordnung*).

¹⁴⁷ También ha sido reconocido en Reino Unido.

buirse la comisión de un delito fiscal¹⁴⁸. En consecuencia, no está permitido, por ejemplo, imponer multas con el propósito de «motivar» al ciudadano a entregar documentación relativa a sus inversiones¹⁴⁹. La obligación de presentar una declaración fiscal puede también considerarse «coerción» en este contexto¹⁵⁰. E igualmente estaría prohibido establecer un «impuesto complementario» si, de hecho, supone una sanción por la falta de cooperación del sujeto obligado. Sin embargo, las autoridades tributarias sí que podrían determinar la deuda tributaria por estimación e imponer medidas coercitivas a sujetos distintos de los sujetos obligados¹⁵¹ o buscar que presten voluntariamente su conformidad¹⁵².

Algunos ordenamientos van aún más lejos, por lo que no es posible definir un «verdadero acervo» respecto a las relaciones entre el procedimiento penal y el tributario. Algunos países no parecen limitar a las medidas coercitivas el derecho a no autoincriminarse (Dinamarca¹⁵³, Italia¹⁵⁴). El legislador alemán además establece normas sobre la virtualidad de la información obtenida en el curso de procedimientos tributarios en procedimientos penales por otros delitos: Se establece como principio que el conocimiento obtenido en el contexto del procedimiento tributario –como los libros contables que el contribuyente, en cumplimiento con sus obligaciones fiscales, entregaron, no pueden emplearse en procedimientos penales contra éste en ningún caso. Sin embargo, existe una excepción en el caso de conductas –como delitos graves o infracciones económicas de especial trascendencia– cuyo enjuiciamiento responde a imperiosas razones de «interés gene-

¹⁴⁸ Así se establece con claridad en la Sec. 393 (1, sent. 2) del Código Tributario Alemán. El Tribunal Constitucional español, en su sentencia n. 18/2005, estableció que el *nemo tenetur* no impide todo acto de colaboración con las autoridades administrativas. Sólo impide que el sujeto realice de forma coaccionada declaraciones en la que admita ser culpable. En Dinamarca, la sec. 9.1 de la Ley n. 442 de 9 de junio de 2004 aclara que las medidas coercitivas contra el sujeto que tengan por objetivo que este entregue información sólo pueden emplearse cuando sean conformes con la regulación del procedimiento penal (por tanto, todas sus garantías resultan aplicables). Vid. también al respecto, el «*leading case*» del TEDH: Sentencia de 25 de febrero de 1993, caso *Funke v. Francia*, n. 10828/84, § 44.

¹⁴⁹ Vid. los hechos probados en la STEDH, de 3 de mayo de 2001, J. B. v. Suiza.

¹⁵⁰ M. MUHLER, en MÜLLER-GUGGENBERGER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 6.ª ed. 2015, §15, mn 39.

¹⁵¹ Para Dinamarca, Vid.: Aquí aplica *mutatis mutandi* la Sección 9.1 (n. 213), si se trata de una medida coercitiva contra un sujeto distinto del sospechoso.

¹⁵² Así se expresa con claridad en la legislación danesa (vid. 9.4, 10.3 y 10.4 de la Ley n. 442 de 9 de junio de 2004).

¹⁵³ Vid. Sec. 10 de la Ley n. 442 de 9 de junio de 2004: Si existe una concreta sospecha de que una persona física o jurídica ha cometido un delito, las disposiciones relativas al deber de entregar información a la autoridad no aplican, a no ser que pueda descartarse que la información buscada pudiera influir en la determinación de la supuesta infracción.

¹⁵⁴ Vid. Corte de Casación, Secciones Unidas, 28 de noviembre de 2001, n. 45477. La decisión establece que el principio de que «*los actos de instrucción administrativa -tales como las declaraciones de un empleado al inspector de trabajo- llevadas a cabo sin respetar los derechos de defensa no pueden ser usadas en los procedimientos penales*»; el principio ha sido reiterado, por ejemplo, por la Corte de Casación, sección III, de 2 de octubre de 2014, n. 3207.

ral¹⁵⁵». Cabe destacar, además, que varios ordenamientos jurídicos atribuyen en el proceso penal sólo un valor probatorio limitado a los actos realizados en procedimientos administrativos (tributarios)¹⁵⁶. En todo caso, una «confesión» realizada por el sujeto durante un procedimiento administrativo se considera únicamente un indicio, por lo que la condena requiere de otras pruebas (Italia, Reino Unido).

Sección III. Cuestiones abiertas

1. INTRODUCCIÓN

Entre tanto han tenido lugar las primeras experiencias en la implementación y aplicación práctica de las mencionadas obligaciones relativas a las garantías procesales derivadas de las Directivas. En abril de 2016, el Consejo de la Abogacía Europea publicó un informe que evalúa la implantación de las Directivas 2010/64, relativa al derecho a interpretación y a traducción; 2012/13 relativa al derecho a la información y 2013/48, sobre el derecho a la asistencia letrada. El informe se basa en un cuestionario común centrado en determinados temas. Abogados de casi todos los Estados Miembros de la UE¹⁵⁷ informaron sobre sus experiencias y problemas en relación con las obligaciones derivadas del Derechos de la UE. El informe incluye también buenas prácticas y recomendaciones¹⁵⁸. También el informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA), publicado en noviembre de 2016, incluye buenas prácticas y recomendaciones para la mejora de la implementación práctica de las Directivas 2010/64 y 2012/13. El informe también identifica vías prácticas para la efectiva protección de estas garantías procesales de la UE¹⁵⁹. Fair Trials Europe y LEAP (*Legal Experts Advisory Panel*) publicaron también guías sobre las tres directivas, que incluye sugerencias para el uso efectivo de estas Directivas en la práctica¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Vid. Sec. 393, párrafo 2, del Código Tributario Alemán.

¹⁵⁶ Existe consolidada jurisprudencia italiana en este sentido (cf. Corte de Casación, sección tercera, de 23 de junio de 2015, n. 30890).

¹⁵⁷ Excepto Dinamarca, Alemania y Rumanía.

¹⁵⁸ El informe, titulado TRAINAC, está disponible online en <http://europeanlawyersfoundation.eu/wp-content/uploads/2015/04/TRAINAC-study.pdf> (último acceso: 13.1.2020).

¹⁵⁹ El informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE está disponible online en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-right-to-information-translation_en.pdf (último acceso: 13.1.2020). T. WAHL, *eu crim*, 2016, p. 163.

¹⁶⁰ Disponible online en <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Defence-Rights-in-the-EU-full-report.pdf?platform=hootsuite> (último acceso: 13.1.2020).

Excede el marco de esta obra abordar en detalle el contenido de estos informes y publicaciones. Sin embargo, constituyen una valiosa fuente de información complementaria y pueden ser consultados por formadores para abordar cuestiones específicas en el derecho y la práctica nacional.

2. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN EL PLANO NACIONAL

2.1 Diversidades nacionales como obstáculo para la cooperación

Las respuestas de los relatores nacionales de este proyecto revelaron que en los ordenamientos nacionales existían algunas diferencias sustanciales que obstaculizaban la cooperación y generaban una falta de confianza mutua. Estas diferencias afectaban, entre otras cuestiones, a la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, a la renuncia a la asistencia jurídica, los regímenes de asistencia jurídica gratuita, los estándares de calidad de los intérpretes y traductores y las consecuencias del silencio del acusado ¹⁶¹.

2.2 Problemas planteados en los tribunales nacionales. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las directivas relativas a los derechos de defensa

Las Directivas de la UE relativas a los derechos de defensa en procedimientos penales son cada vez con más frecuencia objeto de la jurisprudencia del TJUE ¹⁶². La jurisdicción del Tribunal en estos temas ha sido accionada, hasta ahora, a través de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales. Estas remisiones reflejan las incertidumbres en la interpretación de las normas nacionales de conformidad con la Directiva, pero también las incoherencias del derecho o la práctica nacional con las obligaciones de las Directivas.

Los tribunales alemanes plantearon casos al TJUE buscando orientación sobre la interpretación de la Directiva 2010/64 y la Directiva 2012/13 en relación con una orden penal (*Strafbefehlsverfahren* –vid. supra Sec. 2, 2.2). El acusado puede evitar la ejecución de una sanción (por ejemplo, una multa

¹⁶¹ Debido a limitaciones de espacio, no es posible realizar un desarrollo detallado de estas cuestiones aquí. El autor dispone de una versión más completa.

¹⁶² Arts. 3, 6 y 7 de la Directiva 2012/13 fueron también objeto de la jurisprudencia del TEDH (vid. TEDH, 9 de abril de 2015, *A. T. v. Luxemburgo*, n. 30460/13)

impuesta en la primera fase de un procedimiento que se tramita de forma escrita) y forzar un juicio oral simplemente impugnando una orden penal (*Einspruch*) dentro de las dos semanas posteriores a su notificación. En caso de admitirse, el tribunal debe fijar una vista donde el acusado puede ejercitar su derecho a ser oído. El problema surgía si el acusado no disponía de un domicilio en Alemania y se marchaba al extranjero tras cometer el delito.

En el caso *Gavril Covaci* (C-216-14) (¹⁶³) –el primer caso del TJUE relativo a la interpretación de las Directivas– la Corte de Luxemburgo estableció que la Directiva 2010/64 sobre interpretación y traducción no se opone a la legislación nacional que exige que el recurso sea redactado en el idioma del procedimiento (en este caso, la impugnación contra la orden penal debiera estar redactada en alemán), aun cuando el acusado no hable esta lengua. El TJUE dejó que el tribunal alemán decidiera si una impugnación constituye un «documento esencial» de acuerdo con el artículo 3(3) de la Directiva 2010/64 y, por tanto, si debía ser traducido al alemán. Las consecuencias de esta consideración parecen ser diversas en la práctica alemana, particularmente, si la impugnación debe ser considerada un documento esencial, y si la presentación de este escrito en un idioma extranjero cumple el plazo de dos semanas y puede por tanto ser admitida.¹⁶⁴ Por otra parte, el TJUE aclaró recientemente que la orden penal constituye un documento esencial en el sentido del art. 3(1) de la Directiva 2010/64, y que por tanto debe ser traducida, si el acusado no entiende el alemán¹⁶⁵.

Además, el TJUE dictaminó en *Covaci* que el artículo 2, 3(1) (c) y 6(1) y (3) de la Directiva 2012/13/EU relativa al derecho a la información en los procesos penales (1) no se opone a la legislación alemana que, en los procedimientos penales, exige que los acusados que no residen en Alemania designen a una persona autorizada para recibir las notificaciones de las órdenes penales, (2) siempre que la referida persona disponga efectivamente de todo el plazo impartido para formular oposición contra dicha orden.

Después de la sentencia *Covaci*, el tribunal local y regional en Munich planteo al TJUE cómo manejar aquellas situaciones en las que los destinatarios de las órdenes penales no disponían de un domicilio fijo ni de residencia en Alemania ni en sus países de origen. En estos casos, el TJUE consideró que

¹⁶³ STJUE, *Gavril Covaci*.

¹⁶⁴ En este sentido, K. M. BÖHM, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, 306; se muestra escéptico D. BRODOWSKI, *Strafverteidiger*, 2016, 2010. Rechaza que las impugnaciones sean «documentos esenciales», T. KULHANEK, *Juristische Rundschau*, 2016, 209.

¹⁶⁵ STJUE, 12 de octubre de 2017, C-278/16, *Frank Slentses*, ECLI: EU: C:2017:757; vid. también T. WAHL, *eu crim*, 2017, pp. 71.

Alemania podía mantener la exigencia de que el acusado designara a un representante que recibiera las notificaciones de las órdenes penales, pero los preceptos alemanes que restablecían el status quo anterior (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*) debían ser interpretados a la luz de la Directiva 2012/13. En consecuencia, debe concederse al acusado un plazo de dos semanas –en lugar del periodo de una semana (según lo estipulado legalmente)– a contar desde el momento en el que tuvo conocimiento de la orden para presentar su impugnación¹⁶⁶.

Los tribunales penales búlgaros también han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE. En el caso C-612/15 (proceso penal contra Nikolay Kolev, Stefan Kostadinov), se planteó al TJUE la conformidad de algunos aspectos concretos de la regulación procesal penal búlgara con las Directivas 2012/13 y 2013/48. La cuestión surgió en el contexto de los delitos contra los intereses financieros de la unión, puesto que los acusados en el procedimiento, los señores Kolev y Kostadinov, oficiales de aduanas, habían sido acusados de aceptar sobornos a cambio de no llevar a cabo inspecciones aduaneras en el ámbito de sus competencias en la frontera entre Bulgaria y Turquía. Una batería de cuestiones relativas al momento concreto del proceso penal en el que debe darse cumplimiento a las obligaciones relativas al derecho a ser informado sobre la acusación y el acceso a los materiales del caso (art. 6 párrafo 3 y art. 7 párrafo 3 de la Directiva 2012/13/EU). También se plantearon otras cuestiones relativas a la exclusión de un abogado de la defensa en caso de que represente a más de uno de los acusados en el mismo proceso debido al conflicto de intereses, en relación con el artículo 3 párrafo 1 de la Directiva 2013/48/EU relativa al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales¹⁶⁷.

La Directiva 2016/343 relativa a la presunción de inocencia ha sido también sometida a la jurisdicción del TJUE en el caso C-439 PPU, Emil Milev. En este caso, el TJUE indicó al tribunal penal búlgaro que pusiera fin a la práctica nacional que impide a un tribunal valorar si existe fundamento para sospechar que el acusado ha cometido un delito en la fase del juicio oral. De particular interés en el caso resulta la fundamentación jurídica del TJUE cuando sostiene que la Directiva produce efectos desde su entrada en vigor, es decir, desde antes de su transposición. De ello se deduce que, desde la fecha en que entra en vigor, las autoridades y tribunales de los Estados Miembros deben abstenerse, en la medida de lo posible, de interpretar la legislación nacional de

¹⁶⁶ STJUE, 22 de marzo de 2017, C-124/16, C-188/16 y C-213/16, y C-213/16, *Ianos Tranca y otros*, ECLI: EU: C:2017:228. Vid. también T. WAHL, *eucrim*, 2017, pp. 50 ss.

¹⁶⁷ El 4 de abril de 2017, se presentaron las conclusiones del Abogado General (EC-LI: EU: C:2017:257)

un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la Directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta ¹⁶⁸.

El derecho a traducción fue abordado en el procedimiento planteado por un tribunal húngaro al TJUE. En este caso, el TJUE rechazó la aplicabilidad de la Directiva 2010/64 a un procedimiento especial del derecho húngaro relativo al reconocimiento de resoluciones extranjeras ¹⁶⁹.

3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA PIF: DIRECTIVAS RELATIVAS A LOS DERECHOS DE DEFENSA EN EL CONTEXTO DE LAS INVESTIGACIONES DE LA FISCALÍA EUROPEA

En este epígrafe se pretende ofrecer algunas indicaciones sobre la relevancia práctica de las Directivas en el concreto escenario de los procesos de la Fiscalía Europea por delitos contra los intereses financieros de la UE.

El Reglamento por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea incluye en su artículo 41 las garantías procesales de los acusados en los procedimientos penales de la Fiscalía Europea ¹⁷⁰. El art. 41(2) se refiere a las cinco Directivas relativas a derechos de defensa (vid. Sección I, 1.3) ¹⁷¹ y establece que cualquier sospechoso o acusado en un proceso penal de la Fiscalía Europea disfrutará, como mínimo, de los derechos procesales previstos en la legislación de la Unión, incluidas las Directivas relativas a los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales, tal como se hayan transpuesto por la legislación nacional. Además, el artículo 41(3) aclara que los sospechosos y acusados disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable. En síntesis, se aplican las garantías otorgadas por la legislación nacional allí donde se lleva a cabo la actividad de la Fiscalía Europea y también las previstos en los estándares mínimos establecidos por las Directivas europeas relativas a los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales. En la práctica, esta regulación puede conllevar los siguientes inconvenientes:

¹⁶⁸ STJUE, 27 de octubre de 2016, C-439/16 PPU, Emil Milev, ECLI: EU: C:2016:818.

¹⁶⁹ STJUE, 9 de junio de 2016, C-25-15, *Isivan Balogh*, ECLI: EU: C:2016:818.

¹⁷⁰ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, p. 1. El art. 41 se titula: «Alcance de los derechos de los sospechosos y acusados».

¹⁷¹ No se menciona la Directiva 2016/800 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

– Con el modelo actual existe el riesgo de otorgar un trato significativamente desigual a sospechosos o acusados –en caso de que existan diversos acusados con cargos penales equiparables en varios Estado Miembro de la UE y de investigaciones multinacionales en varios países contra un acusado– debido a la diversidad de garantías procesales entre los Estados Miembros¹⁷². El Consejo de la Abogacía Europea observó en este contexto que dejar la protección de los derechos procesales «conforme a la ley nacional» podría suponer que la elección del lugar de enjuiciamiento pudiera afectar drásticamente al resultado del proceso, alimentando así el riesgo de *forum shopping*¹⁷³.

– Además, la desigualdad puede también producirse como consecuencia de que las Directivas en sí mismas tampoco garantizan un nivel uniforme de los estándares (mínimos) que establecen, ya que ofrecen a los Estados Miembros margen de maniobra en algunos aspectos (vid. Sección I). De igual manera, las Directivas pueden transponerse de forma incorrecta o –en algunos Estados Miembros– incluso no implementarse a tiempo. Por lo tanto, el diferente nivel de implementación hace aparecer el riesgo de crear otro conjunto de estándares divergentes también en áreas que trataban de armonizarse¹⁷⁴.

– El estándar actual de garantías procesales en la UE es solo un denominador común a un nivel (muy) mínimo. Se cuestiona si se deben realizar más esfuerzos de armonización para que la Fiscalía Europea funcione correctamente, por ejemplo, respecto a la prisión provisional, los derechos de los testigos, la admisibilidad o exclusión de prueba y los derechos de indemnización en caso de que se pruebe la inocencia¹⁷⁵.

– La organización de la defensa doble o múltiple es más necesaria que nunca en el marco de la Fiscalía Europea. En este contexto, se observa que los abogados no disponen actualmente de libertad para ejercer su profesión

¹⁷² Inicialmente la Comisión rebatió las preocupaciones del CZ Senát de que la propuesta de la Fiscalía Europea reduciría las normas de procedimiento, señalando que la Unión Europea proporcionaría un catálogo de garantías procesales y de medidas de investigación. Sin embargo, el Consejo no lo mantuvo en las versiones definitivas.

¹⁷³ Comentarios del Consejo de la Abogacía Europea relativos a la creación de una Fiscalía Europea, 16 de noviembre de 2014. Disponible online en www.ccbe.org > documents. Los Comentarios incluyen diversas exigencias con el objetivo de poner remedio al problema.

¹⁷⁴ Esta tendencia puede observarse, por ejemplo, en las diferentes implementaciones de otros instrumentos jurídicos de la UE sobre el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, en particular en la orden de detención europea. Respecto a la necesidad de una armonización más sólida de los estándares de derechos procesales para las investigaciones de la Fiscalía Europea, vid. también Consejo de la Abogacía Europea, Comentarios sobre la Fiscalía Europea, 27 de abril de 2015, online en www.ccbe.org > documents.

¹⁷⁵ Vid. por ejemplo, H. MATT, *Guest Editorial, eucrim*, 2017, p. 1.

en otros Estados Miembros de la UE ¹⁷⁶ mientras que –según la organización actual– la Fiscalía Europea estaría activa en todos los Estados Miembros participantes y sus actos serían reconocidos por los tribunales de éstos (sin tener que recurrir a la asistencia judicial mutua) ¹⁷⁷. Como consecuencia de las actuales restricciones para que los abogados actúen en otros Estados Miembros, es de suma importancia que se organice una defensa doble o múltiple cuando la Fiscalía Europea actúe en diferentes Estados, lo que conlleva costes adicionales para el acusado. Como resultado, el equilibrio de poderes entre la acusación y la defensa podría verse distorsionado en casos transfronterizos, lo que, a su vez, podría resultar en una quiebra de la igualdad entre los sospechosos que son procesados por la Fiscalía Europea y los que no ¹⁷⁸.

Asimismo, aparecen ciertas inquietudes debido a las amplias posibilidades de que la Fiscalía Europea elija el foro (también ulteriormente en el curso de la investigación), lo que tiene repercusiones en el derecho de los acusados a organizar adecuadamente su defensa ¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Respecto a las restricciones, vid. en particular, la Directiva (EC) 98/5.

¹⁷⁷ A este respecto, vid. también la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014, P7_TA(2014)0234.

¹⁷⁸ F. FALETTI, *The European Public Prosecutor's Office and the Principle of Equality*, *eu crim*, 2017, p. 25. Para una valoración crítica sobre las iniciativas para institucionalizar a nivel supranacional a los abogados defensores, vid. J. ARNOLD, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa*, Berlin, 2015, p. 185.

¹⁷⁹ F. GIUFFRIDA, *Cross-Border Crimes and the European public Prosecutor's Office*, *eu crim*, 2017 (issue 3).

CAPÍTULO 5

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

RAPHAËLE PARIZOT

SUMARIO: Sección I. Dimensión europea.–1. Rasgos generales.–1.1 El derecho a la presunción de inocencia.–1.2 La presunción de inocencia: un principio rector de la prueba.–2 Alcance y contenidos del principio.–2.1 Presentación general de la legislación sobre presunción de inocencia y prueba.–2.2 La necesidad de una sentencia condenatoria definitiva para poder considerar al sospechoso culpable.–2.2.1 La prohibición de la comparecencia como culpable antes de una sentencia condenatoria definitiva.–2.2.1.1 La prohibición de referencias públicas a la culpabilidad.–2.2.1.2 La prohibición de la representación física como culpable.–2.2.2. La prohibición de la apariencia de culpabilidad tras la interrupción o la absolución de un procedimiento penal.–2.3 La carga de la prueba.–2.3.1 Las presunciones de hecho o de derecho.–2.3.2 La prueba por el juez o la defensa.–3. Excepciones: los límites de la prueba.– Sección II. Dimensión comparada.–1. Introducción.–2. Soluciones comunes.–2.1 La prohibición de aparecer como culpable antes de una decisión judicial firme y después del sobreseimiento o absolución.–2.1.1 Antes de la decisión judicial de culpabilidad.–2.1.2 Después de una absolución o suspensión.–2.2 La carga de la prueba. –2.2.1 El significado de la carga de la prueba y el papel de la fiscalía, el juez y la defensa.–2.2.2 Las presunciones de hecho o de derecho.–2.3 *In dubio pro reo*. –2.4 Los límites de la prueba.–3. Tendencias comunes.–3.1 La verdad material.–3.2 La compensación por la violación de la presunción de inocencia.– Sección III: Cuestiones sin resolver.–1. La Directiva 2016/343.–2. La presunción de inocencia, la prueba y la OLAF.

Sección I. Dimensión europea

1. RASGOS GENERALES

El principio de presunción de inocencia establece la posición del ciudadano frente al Estado en el ámbito penal, considerando a alguien inocente hasta que se demuestre lo contrario. Esto no sólo significa que la ley y la responsabilidad penal se fundamentan en el principio de culpabilidad¹, sino que en el procedimiento penal se presume que la persona es inocente hasta la sentencia mediante la que es considerado culpable.

1.1 El derecho a la presunción de inocencia

El significado procesal de este principio explica por qué forma parte de los derechos individuales del proceso penal (art. 82.2b TFUE) y constituye «una piedra angular de los derechos de fundamentales reconocidos en la Carta en el ámbito de la justicia penal»². La presunción de inocencia es un derecho de defensa, el derecho de la persona acusada a ser considerada inocente, que encuentra reconocimiento en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6.2)³ y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 48.1)⁴. Aspectos concretos del principio se encuentran protegidos además por la Directiva (EU) 2016/343 de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerza el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Al ser un derecho de defensa, la presunción de inocencia tiene que estar respaldada con ciertas garantías⁵ y es que como derecho es enormemente frágil porque parte de una sospecha: si la persona sospechosa se presume inocente, la persona que se presume inocente también es sospechosa... más sólo una

¹ Vid. apartado de T. ELHOLM en este mismo libro.

² Directiva 2014/41/EU de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal (Considerando 12).

³ Artículo 6 CEDH «Derecho a un proceso equitativo»: «2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.»

⁴ Artículo 48 de la Carta «Presunción de inocencia y derechos de la defensa. 1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.» Sobre esto L. LAUPARIA y J. DELLA TORRE, *Commento all'art. 48. La presunzione di innocenza*, en R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, E. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (eds.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè editore, 2017, pp. 912-943.

⁵ Artículo 10.1 Directiva 2016/343: «Los Estados Miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso.»

persona sospechosa. Por ello resulta crucial la correcta utilización del lenguaje. Desgraciadamente, las leyes europeas no proporcionan un ejemplo en este punto. A veces se refieren a «el acusado» antes de que haya un motivo de la acusación⁶ o el «presunto autor», y todo ello en la Directiva que regula la presunción de inocencia⁷.

1.2 La presunción de inocencia: un principio rector de la prueba

Más allá de un derecho de defensa, la presunción de inocencia constituye también un principio rector⁸ del procedimiento penal, especialmente en lo que se refiere a la obtención de la prueba. Al igual que la presunción de inocencia⁹, la prueba constituye también una de las materias sobre las que versa la cooperación judicial en aspectos penales (art. 82.2a)¹⁰ y 86.3¹¹ TFUE. Sin embargo, a diferencia de la presunción de inocencia, el derecho probatorio no se concibe

⁶ La Directiva 2012/29/EU del 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo establece que «Los derechos establecidos en la presente Directiva se han de entender sin perjuicio de los derechos del infractor. El término «infractor» se refiere a la persona condenada por un delito. Sin embargo, a los efectos de la presente Directiva, también hace referencia a los sospechosos y a los inculpados, antes de que se haya reconocido la culpabilidad o se haya pronunciado la condena, y se entiende sin perjuicio de la presunción de inocencia.» (Preámbulo 12)

⁷ La Directiva (EU) 2016/343 del 9 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio establece que «La obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal (...)» (Considerando 18). Vid. Directiva (EU) 2016/800 del 11 de mayo de 2016 sobre relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (Preámbulo 31).

⁸ Es esta la razón por la que la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales hacen una distinción del derecho de presunción de inocencia (art. 6.2/art. 48.1) de otros derechos del acusado (art. 6.3/art. 48.2). Es también la razón por la cual, aunque el derecho a permanecer en silencio y el de la no autoincriminación sean parte del Capítulo 2 de la Directiva relativa a la presunción de inocencia, hayamos decidido separar la presunción de inocencia de otros derechos del acusados, tratados en este mismo volumen por T. WAHL.

⁹ La Directiva de 2016 presenta la presunción de inocencia como un posible tema «para promover la buena cooperación» (Preámbulo 7).

¹⁰ Artículo 82.2: «En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados Miembros. Estas normas se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados Miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal.»

¹¹ El artículo 86.3 establece la previsión para la Fiscalía Europa «fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquellas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones»

desde la perspectiva de los derechos de defensa, sino como una cuestión práctica (admisibilidad mutua de prueba entre Estados Miembros), con el fin de facilitar la cooperación mediante reglas similares. Pese a la importancia de este reto y las dificultades que entraña la prueba en la UE, particularmente en relación a la Fiscalía Europea¹², no se refieren a ella ningún artículo de la CEDF, ni de la CEDH. Por ello es importante resaltar que las reglas que deben aplicársele a la prueba (¿quién debe reunirlos? o ¿sobre quién pesa la carga de la prueba?) derivan del principio de presunción de inocencia. Estas reglas se encuentran repartidas en diversos textos: la Directiva 2014/41 EU del 3 de abril, de la orden de investigación europea en asuntos penales; la Directiva EU 2016/343 de 9 de marzo de refuerzo del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio y el Reglamento 2017/1939 de 12 de octubre por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (EPPO).

Como puede apreciarse presunción de inocencia y prueba, aunque difieran, que tienen varios puntos en común. El respeto a la presunción de inocencia, tal como muestra la Directiva de 2016, genera diversas obligaciones, en lo que se refiere a la carga de la prueba (¿quién debe probar?) y a sus límites (¿hasta qué punto la prueba es admisible?), (Capítulo 2, presunción de inocencia).

2. ALCANCE Y CONTENIDOS DEL PRINCIPIO

2.1 Presentación general de la legislación de presunción de inocencia y de la prueba

Además de la CEDH (art. 6.2) y de la CDFUE (art. 48.1), existen otros dos textos específicos que se refieren a la presunción de inocencia y a la prueba. En primer lugar, encontramos la Directiva 2014/41/EU de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación (OEI). El Consejo Europeo declaró que las herramientas existentes en materia de prueba¹³ constituirían un «régimen fragmentario», proponiendo «un sistema que regulara de manera

¹² D. FLORE, *Droit penal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2.^a ed., 2014, n. 1367: «Decir que hay que establecer normas de admisibilidad de pruebas, es reconocer que plantea numerosas dificultades perseguir al autor de un delito ante un tribunal nacional cuando no se sabe quién ha reunido primero las pruebas y según qué procedimiento (28 tribunales nacionales pueden multiplicarse por 28 policías diversas, a las que hay que añadir Europol y OLAF, para dar una idea de la realidad de la labor de la Fiscalía Europea)».

¹³ 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; De-

completa la obtención de la prueba en los casos con dimensión transfronteriza», y que abarcara el mayor número de pruebas, incluyendo los límites temporales para la ejecución y los motivos de inadmisión. (§6). Por esta razón, tomando como modelo la Orden de detención europea, el Consejo Europeo «ha creado un instrumento único, la orden europea de investigación en materia penal, que debe ser utilizado por el estado de ejecución para la realización de las medidas de investigación adecuadas con el fin de obtener la prueba. Lo que incluye también aquellos casos en que la prueba está ya en manos del Estado requerido»¹⁴.

El segundo texto es la Directiva (EU) 2016/243 de 9 de marzo de 2016, sobre el refuerzo del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Esta Directiva pretende completar la hoja de ruta relativa al fortalecimiento de los derechos procesales de sospechosos o acusados en procedimientos penales, adoptada en 2009 por el Consejo Europeo y que se ha concretado en las directivas a las que nos acabamos de referir¹⁵.

La Directiva 2016/243 contiene una doble limitación cuando se la compara con la OEI. Mientras que la OEI (art. 48), al igual que el artículo 48 de la CEDF, se aplica a todo tipo de procedimientos sancionadores, lo que incluyen los procedimientos iniciados por autoridades administrativas¹⁶, la Directiva 2016/243 es de aplicación únicamente a procedimiento penales *strictu sensu*. El apartado 11 de su preámbulo, aunque de manera no totalmente clara, señala que «la presente Directiva únicamente debe aplicarse al proceso penal tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tribunal de Justicia»), sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva no debe aplicarse ni a los procedimientos civiles ni a los administrativos, en particular a aquellos

cisión Marco 2008/978/JAI del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

¹⁴ L. BACHMAIER, *Transnational Evidence. Towards the transposition of Directive 2014/41 regarding the European Investigation Order in criminal matters*, Eurocrim 2/2015, pp. 47-60; P. BEAUVAIS, *De l'entraide judiciaire à l'enquête pénale européenne- À propos de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne*, RTDE, 2015 p. 777f.

¹⁵ Directiva 2010/64/EU del 20 de octubre relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales; Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Vid. T. WAHL en este mismo volumen.

¹⁶ Hay jurisprudencia relevante en este sentido vid. TJUE, 5.º ch., 16 de febrero 2017, C-90/15 P, *Hansen & Rosenthal KG y H&R Wax Company Vertrieb GmbH v. Commission européenne*, ECLI: EU: C:2017:123.

procedimientos administrativos que puedan dar lugar a sanciones, como los procedimientos en materia de competencia, comercio, servicios financieros, infracciones de tráfico, tributos o recargos tributarios, ni a las investigaciones que las autoridades administrativas efectúen en relación con tales procedimientos.» Asimismo, mientras que la Directiva de la OEI (art. 4) incluye la posibilidad de ser aplicada a las personas jurídicas, aspecto sobre el que la CEDF no se pronuncia, la Directiva 2016/243 se aplica solo a las personas físicas (§12-15)¹⁷.

El contenido general de la Directiva 2016/243 se orienta por el principio de subsidiariedad y propone «estándares mínimos comunes» (§4)¹⁸. Este aspecto ha sido abordado por el TJUE en el asunto *Emil Miev* en la que un tribunal búlgaro planteó una cuestión prejudicial, sobre la continuación de una prisión provisional bajo los parámetros de la Directiva 2016/243. La legislación búlgara contiene una previsión según la cual en la fase de juicio oral, el tribunal no puede pronunciarse acerca de la permanencia de la prisión preventiva, que aparentemente resulta contraria a la doctrina del TEDH que sólo permite la detención cuando exista «una sospecha razonable de que haya cometido algún delito»¹⁹. El Tribunal Supremo búlgaro estableció que aunque era necesario cambiar la legislación nacional, hasta ese momento cada tribunal tenía la opción de decidir entre la ley nacional y la europea: «cada tribunal debe examinar si debe priorizar la doctrina del TEDH o la ley nacional» (§20). Esta resolución motivo que un tribunal búlgaro, no satisfecho con la doctrina anterior, preguntara al TJUE si esta decisión que dejaba en manos de cada tribunal decidir acerca de si aplicaba las exigencias del CEDH era consistente con los artículos 3 y 6 de la Directiva 2016/343 (§22). Para el TJUE, la opinión del TS búlgaro «no compromete, tras la expiración del plazo de transposición de la Directiva, los objetivos que la misma persigue». En otras palabras, no importa que su opinión autorice una opción contraria a la Directiva, en cuanto que ésta no lo exige²⁰. Además de la decisión de no distinguir entre la Convención Europea de Derechos Humanos y la Directiva, subraya el carácter de mínimos de la Directiva.

¹⁷ S. CRAS y A. ERBEZNIK, *The Directive on the Presumption of innocence and the right to be present at trial*, *Eu crim* 1/2016, pp. 25-36.

¹⁸ Describiendo la Directiva, P. BEAUVAIS dice que constituye «*le plus petit dénominateur commun*» (RTDE 2016, p. 287).

¹⁹ Este conflicto entre la ley procesal penal nacional y el TEDH ha dado lugar a numerosas sentencias contra Bulgaria del TEDH desde la primera de ellas en 1999 (vid. TEDH, 25 de marzo de 1999, *Nikolova v. Bulgaria*).

²⁰ TJUE, 27 de Octubre de 2016, C-439/16 PPU, *Emil Milev*, ECLI: EU: C:2016:818, *Europe*, 2016, com. 445, D. Simon

2.2 La necesidad de una sentencia condenatoria definitiva para poder considerar al sospechoso culpable

La sentencia condenatoria es absolutamente necesaria antes de referirse a una persona como culpable, es decir, como responsable. En otras palabras, la presunción de inocencia prohíbe que se dé una apariencia de culpabilidad antes de que exista una sentencia firme estableciéndola y tras el archivo de un procedimiento o su absolución. De esta máxima general se derivan consecuencias importantes.

2.2.1 LA PROHIBICIÓN DE LA COMPARECENCIA COMO CULPABLE ANTES DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA DEFINITIVA

Conforme a la jurisprudencia del TEDH²¹, la Directiva 2016/343 requiere (aunque solo sea en su preámbulo) que la presunción de inocencia se aplique a «cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final relativa a si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal» (artículo 12). Durante todas las fases del procedimiento está prohibido tratar al sospechoso o a la persona acusada como culpable, lo que implica tanto a la realización de declaraciones públicas (art. 4), como a la prohibición de utilizar medios coercitivos de carácter físico, como esposas, que conlleven una imagen de culpabilidad (art. 5).

2.2.1.1 *La prohibición de referencias públicas a la culpabilidad*

El artículo 4 de la Directiva –«referencias públicas a la culpabilidad»– prohíbe las «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades y las resoluciones judiciales» tratando a un sospechoso o acusado como culpable «mientras no se haya probado la culpabilidad del sospechoso». En relación con el concepto de «autoridades públicas» este artículo sigue la línea jurisprudencial de la TEDH, la cual considera que la presunción de inocencia «no

²¹ «(...) la presunción de inocencia no puede dejar de aplicarse en procedimientos de apelación simplemente porque el acusado haya sido condenado en primera instancia. Concluir de otra manera sería contrario a la función de los procedimientos de apelación, en los cuales el tribunal de apelación debe revisar la decisión anterior, tanto en los hechos y como el derecho. Significaría que la presunción de inocencia no sería aplicable en los procedimientos que han surgido para revisar el caso y anular la decisión anterior. (TEDH, 24 de mayo de 2011, *Konstas v Grecia*, par. 36).

se limita a una garantía procesal penal, sino que su contenido es más extendido y exige que ningún representante del Estado declare a una persona como culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal» (28 de febrero 2017, *Bivolaru v. Rumania*, §121). La presunción de inocencia debe ser respetada no sólo por un juez o tribunal sino también por otras autoridades públicas, incluyendo los fiscales (10 de octubre 2000, *Daktaras v. Lituania*), el Ministerio del Interior o los oficiales de policía (10 de febrero de 1995, *Alenet de Ribermont v. Francia*; 31 de marzo 2016, *Alexy Petrov v. Bulgaria*).

La protección de la presunción de inocencia está basada en la prohibición de referencias públicas (art. 4.1 de la Directiva). Conforme al TEDH, las *referencias públicas* condenatorias hechas por autoridades públicas suponen una clara declaración de culpabilidad y no sólo una afirmación de que una persona es simplemente sospechoso (*Marziano v. Italia*, 28 de noviembre de 2002; *Nešić v. Eslovaquia*, 27 de febrero de 2007). Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, como las cuestiones prejudiciales al amparo del artículo 267 TFUE (TJUE, Grand Chamber, 5 de julio de 2016, C-614/14, *Ognyanov*). La prohibición de las declaraciones públicas condenatorias tampoco debe impedir «a las autoridades divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal (por ejemplo, con la identificación de los sospechosos) o el interés público» (por ejemplo, por razones de seguridad) (art. 4.3 de la Directiva 2016/343).

Las decisiones judiciales referidas a un sospechoso o a un acusado refiriéndose a él como culpable, están prohibidas excepto para aquellas que establezcan su culpabilidad e igualmente como hemos indicado «para actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares que se basen en indicios o pruebas de cargo» (art. 4, par. 1, Directiva 2016/343), así como en las que establezcan la prisión preventiva²². Estos límites explican, por qué son compatibles con la presunción de inocencia algunas medidas adoptadas en otras directivas antes de la

²² La Decisión marco del Consejo 2009/829/JHA del 23 de octubre de 2009 sobre la aplicación entre Estados Miembros, del principio de reconocimiento mutuo de decisiones sobre medidas de supervisión como alternativa a la detención provisional señala en este sentido que «Asimismo, las medidas previstas en la presente Decisión marco tenderán a fortalecer el derecho a la libertad y la presunción de inocencia en la Unión Europea y a garantizar la cooperación entre los Estados Miembros cuando se someta a una persona a obligaciones o vigilancia estando la causa pendiente. Por consiguiente, la presente Decisión marco tiene como objetivo la promoción, cuando proceda, del recurso a medidas no privativas de la libertad como

condena, que permiten la aplicación de prohibiciones o restricciones, con carácter sancionador. La Directiva 2011/99/EU del 13 de diciembre de 2011 sobre la orden de protección europea, sobre la base de una «conducta punible, o supuesta conducta delictiva» (art. 1) establece medidas de protección en toda la Unión Europea frente a la denominada «persona causante de peligro», consistente en prohibiciones o restricciones (art. 5), sin realizar ninguna referencia a la presunción de inocencia.²³ La Directiva 2011/93/EU, 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, establece programas de intervención de carácter voluntario en procesos penales en curso o tras su terminación con el fin de minimizar los riesgos de reincidencia señalando claramente que «no han de ser ni lesivos ni contrarios a los derechos de la defensa ni a las exigencias de un juicio justo e imparcial, y en particular en cumplimiento del principio de la presunción de inocencia» (art. 24, §3.a).

2.2.1.2 *La prohibición de la representación física como culpable*

Conforme a la Directiva 2016/343 (art. 5 § 1) la prohibición de «aparecer» culpable incluye también la prohibición de presentar a los sospechosos y acusados «como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física» y la consiguiente obligación de los Estados Miembros de adoptar las medidas oportunas con el fin de impedir la presentación pública como culpables a través del uso de medidas o restricciones físicas como esposas, cajas de vidrio, jaulas o cadenas, (Considerando 20 y art. 5 §1 de la directiva 2016/343). El artículo 5.2 establece, no obstante, una serie de límites a esta prohibición con el fin de atender a razones de seguridad, la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas. El TEDH admite, en sentido similar, la posibi-

sustitución de la prisión provisional, incluso cuando, con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate, no se pueda imponer *ab initio* dicho tipo de prisión.» (Preámbulo 4)

²³ La Directiva solo menciona que «De conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se debe brindar a la persona causante del peligro la posibilidad de ser oída y de impugnar la medida de protección bien durante el procedimiento que conduce a la adopción de la medida de protección o bien antes de que se dicte una orden europea de protección.» (Preámbulo 17)

lidad de utilizar medidas de restricción física como las esposas²⁴, mientras que está en contra del uso de jaulas en los juzgados²⁵.

2.2.2 LA PROHIBICIÓN DE LA APARIENCIA DE CULPABILIDAD TRAS LA INTERRUPCIÓN O LA ABSOLUCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PENAL

Aunque la Directiva 2016/343 no dice nada acerca de esta cuestión, es evidente que están prohibidos aquellos juicios que reflejan «la opinión de que una persona es culpable de una determinada acusación después de que el procedimiento penal haya resultado absolutorio». Esto ocurre singularmente en aquellos casos en los que la absolución señala que «la acusación contra una persona no era infundada, pero no ha sido posible establecerla más allá de cualquier duda razonable» (TJUE, Sala 1, 10 de julio de 2014, C-220/13, *Kalliopi Nikolaou v. Tribunal de Cuentas de la Unión Europea*)²⁶.

²⁴ «Las esposas no suponen formalmente un problema bajo el artículo 3 de la Convención (“trato degradante”) donde se ha tomado la medida de acuerdo con una detención legal o con una detención y no implica el uso de la fuerza, exposición al público, excediendo lo que se considera necesario dadas las circunstancias» (TEDH, 14 de junio de 2011, *Miroslaw Garlicki v. Polonia*, §74).

²⁵ «El confinamiento en una jaula metálica en el juzgado supone un trato degradante, prohibido en el artículo 3» (TEDH, Gran Sala, 17 de julio de 2014, *Svinarenko y Slyadnev v. Russia*, §139).

²⁶ TJUE, 1.ª Cámara, 10 de julio de 2014, C-220/13, *Kalliopi Nikolau v. Tribunal de Cuentas de la Unión Europea*: «34. En su primer motivo de casación, la Sra. Nikolaou sostiene que el Tribunal General violó el principio de presunción de inocencia al declarar, en el apartado 45 de la sentencia recurrida, que el motivo de absolución aplicado por la sentencia de 2 de octubre de 2008 “no implica que las acusaciones contra la demandante sean totalmente infundadas”, sino que “tales acusaciones no han quedado probadas “sin la menor duda””. A juicio de la recurrente, este error debe llevar aparejada la anulación de esa sentencia, dado que si no hubiera violado este principio, el Tribunal General habría reconocido en los apartados 44 y 49 de dicha sentencia la ilegalidad de las omisiones en que había incurrido el Tribunal de Cuentas al no adoptar una decisión formal absolviendo a la recurrente de todas las acusaciones formuladas en su contra, tras la sentencia de 2 de octubre de 2008, y al no proceder a la publicación en la prensa de la absolución de la recurrente».

»35. A este respecto procede recordar que el principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se corresponde con el artículo 6, apartados 2 y 3, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, puede resultar violado, entre otros casos, cuando la motivación de una resolución judicial refleja el sentimiento de que una persona es culpable de una infracción después de que ésta ha sido absuelta, en cambio, en unos procedimientos penales previos (véase TEDH, sentencias *Allenet de Ribemont c. Francia* de 10 de febrero de 1995, serie A n.º 308, § 35 y 36; *Daktaras c. Lituania* de 10 de octubre de 2000, Repertorio de casos y decisiones 2000III, § 41 a 44, y *Teodor c. Rumanía* de 4 de junio de 2013, Repertorio de casos y decisiones 2000III, § 36 y 37).

»36. En el presente caso, como ha puesto de relieve el Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, procede señalar que los pasajes del razonamiento del Tribunal General que figuran en el apartado 45 de la sentencia recurrida permiten efectivamente que subsista la impresión de que la Sra. Nikolaou podría ser culpable de una infracción penal basada en los mismos hechos por los que, sin embargo, había sido absuelta definitivamente en la sentencia de 2 de octubre de 2008.

»37. Por consiguiente, procede declarar que tales consideraciones vulneran manifiestamente el principio de la presunción de inocencia».

El artículo 6.2 del CEDH protege también de estas acusaciones tras la absolución o sobreseimiento del proceso penal (TEDH, Gran Sala, 12 de julio de 2013, *Allen v. Reino Unido*, §94). El TEDH señala que existen otros dos puntos ulteriores que atañen a esta prohibición. En primer lugar, no es compatible con el principio de presunción de inocencia exigir al acusado que afronte los gastos judiciales y reparación, si esta decisión se deriva del procedimiento penal (TEDH, 25 de marzo de 1983, *Minelli v. Suiza*). En segundo lugar, en lo que respecta a la relación entre procedimientos penales y civiles (*torts*), como las compensaciones procedimentales por daños, el TEDH establece que la absolución no excluye el establecimiento de cargas de responsabilidad civil por los mismos hechos (TEDH, 7 de febrero de 2012, *Diancenco v. Rumania*), si bien, considera que sobrepasa los límites de la responsabilidad civil el que la resolución que establece la reparación contenga alguna afirmación relativa a la responsabilidad penal de la parte responsable (TEDH, 11 de febrero de 2003, *Ringvold v. Noruega*, § 38; TEDH, 15 de mayo de 2008, *Orr v. Noruega*, § 51; TEDH, 12 de abril de 2012, *Lagardère v. Francia*, §73).

2.3 La carga de la prueba

La carga de la prueba debe recaer sobre la acusación (art. 6 §1 de la Directiva 2016/343 y punto 22 del preámbulo) y no sobre la defensa o el juez. El artículo 6 titulado «carga de la prueba»²⁷ contiene la regla del *in dubio pro reo*, considerándolo de manera extraña como un aspecto relativo a la carga de la prueba de la acusación²⁸. Estas dos reglas deben ser ponderadas conjuntamente con otras dos. La primera de ellas admitiría la posibilidad de revertir la carga de la prueba mediante presunciones tanto de hecho como de derecho, mientras que la segunda haría hincapié en que aunque la carga de la prueba pesa sobre la acusación, no impide que otros actores del proceso sean capaces de buscar o añadir pruebas.

²⁷ Artículo 6.1 de la Directiva 2016/343: «Los Estados Miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación».

²⁸ Artículo 6.2 de la Directiva 2016/343: «Los Estados Miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto». Vid. sección II, 2.3.

2.3.1 LAS PRESUNCIONES DE HECHO O DE DERECHO²⁹

Siguiendo la jurisprudencia del TEDH (7 de octubre de 1988, *Salabiaku v. France*, §28; y 30 de marzo de 2004, *Radio France y otros v. Francia*, §24), el derecho europeo admite la posibilidad, dentro de unos límites razonables, de usar las presunciones de hecho o de derecho acerca de la culpabilidad penal del sospechoso o del acusado: «La presunción de inocencia queda vulnerada si la carga de la prueba se desplaza desde la acusación a la defensa, sin perjuicio del [...] uso de presunciones de hecho o de derecho relativas a la responsabilidad penal del sospechoso o acusado. Estas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, los medios empleados deben guardar además una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Dichas presunciones deben ser *iuris tantum* y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa» (Considerando 22 de la Directiva 2016/42). En este sentido, la Directiva 2014/42/EU, del 3 de abril del 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, permite el decomiso de los bienes no sólo en aquellos casos en los que exista una sentencia firme, sino también en aquellos casos en que no sea posible incoar un procedimiento por ausencia o enfermedad del acusado y dicho procedimiento »podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio» (art. 4).

2.3.2 LA PRUEBA POR EL JUEZ O LA DEFENSA

Aunque la carga de la prueba recae sobre fiscal, ello debe entenderse «sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable» (art. 6.1 Directiva 2016/343). La normativa europea tiene en cuenta, en este punto, que en varios Estados Miembros donde ha imperado durante tiempo el sistema inquisitivo, el juez debe buscar pruebas tanto inculpatorias como exculpatorias (Considerando 22 del preámbulo de la Directiva 2016/343). Igualmente el artículo

²⁹ T. ELHOLM, en este mismo libro.

anterior, en su segunda parte, abre la posibilidad³⁰ a que la defensa aporte pruebas (art. 6.1 de la Directiva 2016/343) y requiera determinadas medidas de investigación (art. 1.3 de la Directiva 2014/41/EU³¹, Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea³²).

No obstante, y pese al respeto de las tradiciones nacionales³³, este punto muestra sin lugar a dudas como la UE incentiva a los Estados Miembros a la adopción de un sistema contradictorio³⁴ durante la investigación³⁵.

3. EXCEPCIONES: LOS LÍMITES DE LA PRUEBA

Además de la cuestión acerca de la presunción de inocencia, que condiciona las normas aplicables a la obtención de la prueba, estas se rigen por otros principios.

En primer lugar, la prueba se encuentra limitada por el principio de legalidad: la prueba se ha de obtener de acuerdo con las normas previstas en el

³⁰ No debe confundirse con la inversión de la carga de la prueba en caso de presunciones de hecho o de derecho, que obligan a la defensa a buscar y presentar pruebas para demostrar su inocencia.

³¹ Directiva 2014/41, «Artículo 1. *La orden europea de investigación y la obligación de ejecutarla.* 1. La orden europea de investigación (OEI) será una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro ("el Estado de emisión") para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro ("el Estado de ejecución") con vistas a obtener pruebas con arreglo a la presente Directiva.

También se podrá emitir una OEI para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución.

2. Los Estados Miembros ejecutarán una OEI sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y de conformidad con la presente Directiva.

3. La emisión de una OEI puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre), en el marco de los derechos de la defensa aplicables de conformidad con el procedimiento penal nacional. [...]»

³² De acuerdo con el Reglamento 2017/1939 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea: «Artículo 41. *Alcance de los derechos de los sospechosos y acusados.* [...] 3. Sin perjuicio de los derechos mencionados en el presente capítulo, los sospechosos y acusados, así como otras personas implicadas en los procesos de la Fiscalía Europea, disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable, incluida la posibilidad de presentar pruebas, de solicitar que se nombren peritos y se oiga a testigos, así como de solicitar que la Fiscalía Europea obtenga tales medidas en nombre de la defensa.»

³³ Preámbulo punto 23 de la Directiva 2016/343: «En algunos Estados Miembros no sólo la acusación, sino también los jueces y tribunales competentes, se encargan de buscar pruebas tanto inculpatorias como exculpatorias. Aquellos Estados Miembros que no cuenten con un procedimiento contradictorio deben poder mantener su sistema actual, siempre que se respete la presente Directiva y otras disposiciones aplicables del Derecho de la Unión e internacional.»

³⁴ Adjetivo usado en la Directiva 2016/343 (Preámbulo punto 23).

³⁵ Sólo un incentivo, no una obligación: se especifica que esta posibilidad dada a la defensa debe ser «con arreglo al Derecho nacional aplicable» (art. 6.1 de la Directiva 2016/343) o «en conformidad con el procedimiento penal nacional» (art. 1.3 de la Directiva 2014/41).

procedimiento penal³⁶, obligación que afecta tanto a las autoridades nacionales como internacionales. De este modo, por ejemplo, si la OLAF se asocia a un proceso penal nacional, con el fin de auxiliar a las autoridades nacionales, debe acomodarse a lo dispuesto en el derecho nacional³⁷. En segundo lugar, aunque de manera más moderada, el principio de proporcionalidad³⁸. La obtención de prueba y las pruebas solicitadas deben ser «necesarias y proporcionadas atendiendo al caso concreto»³⁹.

En tercer lugar, y en conexión con el principio de proporcionalidad, el respeto a derechos fundamentales que emerge de las Directivas 2014/41⁴⁰ y 2016/343⁴¹, como el derecho a permanecer en silencio y a la no autoincriminación, que forman parte del derecho de presunción de inocencia (art. 7 de la Directiva 2016/343)⁴², junto con el derecho fundamental de no sufrir tortura. La prueba obtenida quebrantando dicho derecho no deberá ser admitida en ningún procedimiento (punto 45 del Preámbulo de la Directiva 2016/343)⁴³. Así como en el artículo 10.2 de la Directiva 2016/343⁴⁴, que obliga a la autoridad competente a controlar este aspecto⁴⁵.

³⁶ A menudo las Directivas recuerdan que debe respetarse «el procedimiento penal nacional», vid. nota 35.

³⁷ En Francia, como ejemplo, en cuanto al control hecho por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la colaboración de autoridades nacionales y la OLAF en cuanto al código procesal penal francés, ver Cass. Crim., 16 de enero de 2013, n.º 12-84221, RSC, 2014, p. 423, com. B. Aubert.

³⁸ Vid. en este mismo libro A. NIETO

³⁹ Punto 11 del Preámbulo de la Directiva 2014/41: «(11) Debe optarse por la OEI cuando la ejecución de una medida de investigación se considere proporcionada, adecuada y aplicable al caso concreto. La autoridad de emisión debe asegurarse, por consiguiente, de que la prueba buscada sea necesaria y proporcionada para el procedimiento, de que la medida de investigación escogida sea necesaria y proporcionada para obtener la prueba en cuestión, y de si procede implicar a otro Estado miembro en la obtención de dicha prueba por medio de la emisión de una OEI. La misma evaluación debe llevarse a cabo en el procedimiento de validación, cuando se requiera la validación de una OEI con arreglo a la presente Directiva. No debe denegarse la ejecución de una OEI por motivos distintos de los previstos en la presente Directiva. No obstante, la autoridad de ejecución debe poder optar por una medida de investigación menos invasora de la intimidad que la indicada en la OEI, a condición de que permita obtener resultados similares.»

⁴⁰ Preámbulo puntos 12 y 19 de la Directiva 2014/41.

⁴¹ Preámbulo punto 45 de la Directiva 2016/343; también en este mismo aspecto el punto 80 del Preámbulo del Reglamento 2017/1939 sobre la Fiscalía europea.

⁴² T. WAHL en este mismo libro.

⁴³ Tener en cuenta los matices añadidos por el TEDH, Gran Sala, 1 de junio de 2012, *Gäfgen v. Alemania*.

⁴⁴ Artículo 10.2: «Sin perjuicio de las disposiciones y sistemas nacionales en materia de admisibilidad de la prueba, los Estados Miembros garantizarán que se respeten el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de valorar las declaraciones que haga un sospechoso o acusado, o las pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a guardar silencio o a no declarar contra sí mismos.»

⁴⁵ Como ejemplo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Francés considera que el juez es competente para juzgar si cualquier actuación de la OLAF ha conllevado la violación de los derechos fundamentales: «*Atendu que, si c'est à tort que la cour d'appel énonce que les juridictions françaises sont incompétentes pour connaître de la régularité des actes d'enquête effectués par l'OLAF, organisme*

El TJUE ha comprobado también el que la prueba se obtenga respetando estos principios en los casos de fraude al IVA, cuando la prueba se obtiene en procesos administrativos, a través de interceptación de telecomunicaciones o correos electrónicos, que transcurrían paralelos a los penales, sin tener que el contribuyente lo supiera. El TJUE ha señalado en estos casos que el juez nacional debe verificar si, en primer lugar, la prueba obtenida infringe el respeto a la vida privada y familiar (art. 7 de la Carta), si se obtuvieron conforme a lo previsto en la ley y resultaban proporcionadas en el marco de un proceso penal. En segundo lugar, el juez debe también verificar si el uso que las autoridades tributarias hicieron de la prueba era proporcionado y conforme a la ley y, en tercer lugar, si de acuerdo con el derecho de defensa, la persona tuvo la oportunidad, en el contexto del proceso administrativo, de acceder a la prueba y ser escuchado en este punto. En caso de incumplimiento de alguno de estos puntos, el TJUE indica que el juez nacional tiene que desestimar dichas pruebas y anular la decisión, si como consecuencia de lo anterior, carece de fundamento (TJUE, 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses, C-419/14)⁴⁶.

Sección II. Dimensión comparada

1. INTRODUCCIÓN

En muchos Estados Miembros de la UE, el principio de presunción de inocencia posee carácter constitucional (Francia, Alemania, Italia, Polonia y España), aunque no esté explícitamente mencionado. Expresamente se acoge en la Constitución en Francia⁴⁷, Italia (donde se utiliza la expresión

administratif indépendant créé par la Commission Européenne et habilité à procéder à des investigations en matière de lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union Européenne, un tel acte versé dans une procédure pénale suivie en France pouvant être annulé, afin de garantir un contrôle juridictionnel effectif, s'il est établi qu'il a été accompli en violation des droits fondamentaux, l'arrêt n'encourt néanmoins pas la censure dès lors que les juges ont écarté, par des motifs que le moyen ne critique pas, les griefs allégués par M. X... » (Cass. Crim., 9 de diciembre de 2015, n.º15-82300).

⁴⁶ V. COVOLO, «L'échange d'informations entre autorités administratives et judiciaires. Premiers éclaircissements tirés de l'arrêt WebMindLicences, C-419/14», *Eucrium* 3/2016, p. 146-150.

⁴⁷ Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 (que posee un carácter constitucional): «Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.»

«no culpable» en lugar de «presumido inocente») ⁴⁸, Polonia ⁴⁹ y España ⁵⁰. En Alemania, el principio de presunción de inocencia no está explícitamente recogido en la Constitución, aunque sí en algunas constituciones de los *Landers*, como el artículo 53.2 de la Constitución de Brandeburgo. La doctrina alemana mantiene, sin embargo, que el principio se puede deducir del Estado de derecho (*Rechtsstaatsprinzip*, artículo 20.3 de la Constitución), por lo que tiene sin duda rango constitucional. En los países en los que la constitución tiene menos importancia (Dinamarca) o no encontramos una constitución escrita (Reino Unido), países en los que además la Directiva 2016/343 no es vinculante, el principio de presunción de inocencia es una característica esencial de la tradición legal, y constituye un principio general del Derecho.

Hay diferentes enfoques en lo que a la prueba se refiere. En muchos Estados Miembros, no se hace ninguna referencia a la prueba en la constitución, lo que podría considerarse como un aspecto del derecho a un juicio justo o bien del principio de presunción de inocencia (Francia, Alemania, Polonia, España y Reino Unido). Sin embargo, podemos apreciar que, desde el año 2000, la Constitución italiana ha sancionado expresamente el principio de que la prueba debe ser producida en el juicio en presencia de ambas partes ⁵¹, con ello se tutela de manera absoluta la necesidad de que la prueba sea generada exclusivamente durante el juicio oral. (Sentencia de la Corte Constitucional italiana 184/2009).

⁴⁸ Artículo 27 de la Constitución Italiana: «un acusado debe ser considerado no culpable hasta que se haya aprobado una sentencia final».

⁴⁹ Artículo 42.3 de la Constitución Polaca: «Se deberá presumir como inocente a cualquier persona acusada hasta que se determine culpable mediante sentencia definitiva del juzgado.»

⁵⁰ Artículo 24.2 de la Constitución Española: «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

⁵¹ Artículo 111 de la Constitución Italiana: «[...] En los procedimientos penales [...] El acusado tendrá derecho a volver a interrogar o a tener otro interrogatorio ante un juez a los acusadores y a convocar e interrogar a las personas para la defensa en las mismas condiciones que la acusación, así como a presentar todas las demás pruebas en favor de la defensa. [...]

En los procedimientos penales, la práctica de la prueba está basada en el principio de contradicción. La culpabilidad del acusado no puede establecerse en base a declaraciones realizadas por personas que, fuera de su libre elección, han evitado siempre someterse voluntariamente al interrogatorio del acusado o del abogado defensor».

2. SOLUCIONES COMUNES

Incluso aunque en algunos aspectos, las directivas⁵² dejan en manos de los Estados Miembros aplicar su ley nacional, en la mayoría⁵³ de los casos existe una convergencia de soluciones que está en conformidad con la normativa europea, incluso antes de implementar los preceptos provenientes de las directivas⁵⁴.

2.1 La prohibición de aparecer como culpable antes de una decisión judicial firme y después del sobreseimiento o absolución

De acuerdo con la Directiva 2016/343 (punto 12 del preámbulo), algunos Estados Miembros expresamente disponen que la presunción de inocencia debe aplicarse en «cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal.» La Constitución italiana (art. 27) mantiene que «El acusado será considerado no culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme» y la polaca (art. 42.3) que «todo el mundo será considerado inocente de cualquier acusación hasta que dicha culpabilidad sea determinada por una decisión judicial definitiva».

2.1.1 ANTES DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE CULPABILIDAD

Antes de que recaiga la decisión judicial estableciendo la culpabilidad, los estados tienen que prestar atención a la imagen que se ofrece del sospechoso o del acusado. Esta medida de precaución aparece a veces en el vocabulario utilizado. Por ejemplo, en Francia, la Ley 93-2 de 1993 sustituyó la palabra «*inculpé*» por «*mis en examen*» para referirse a la persona sospechosa durante la instrucción; en España, la Ley Orgánica 13/2015 cambió la palabra «imputado» por «investigado», para referirse a la misma situación. Más allá de este aspecto puramente semántico, los Estados Miembros suelen prohibir, aunque no sea de manera expresa, referirse a una persona como culpable antes de que esto se pruebe (Dinamarca, Fran-

⁵² Vid. nota n.º 33.

⁵³ Vid. en este mismo artículo «*in dubio pro reo*».

⁵⁴ La Directiva 2016/343 debe ser transpuesta antes del 1 de abril de 2018.

cia, Alemania, Italia, Polonia, España y Reino Unido). En el procedimiento francés, esta prohibición proviene del artículo 9.1 del Código Civil, que estipula que «Todos tienen derecho a que se respete la presunción de inocencia. Cuando con anterioridad a cualquier condena se presente públicamente a una persona como culpable de hechos que son objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez podrá, incluso por procedimiento de urgencia, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir toda clase de medidas como la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado a fin de hacer cesar el ataque a la presunción de inocencia, y ello a expensas de la persona física o jurídica responsable del ataque.» Además, está estrictamente prohibido realizar encuestas acerca de la culpabilidad de una persona y en su caso la pena con la que debiera ser castigada (art. 35 ter de la Ley Francesa de 1881 sobre la Libertad de Prensa). En otros Estados Miembros, la práctica presta atención especial a esta prohibición, como por ejemplo muestra, la decisión del Tribunal de Justicia Federal Alemán que sostiene que la divulgación del nombre de la persona sospechosa por el fiscal a la prensa atenta contra el principio de presunción de inocencia (BGH NJW 2016, 3670). No obstante, el Tribunal Federal alemán consideró que no existía una violación del principio de presunción de inocencia cuando un agente de policía ofreció una entrevista acerca de la situación de los robos en general, pese a que en un momento determinado determinados aparecen imágenes de acusados a la espera del juicio (BGH NJW 2016, 3670).

Con respecto al uso de medidas de restricción física, las cuales la Directiva 2016/343 limita estrictamente, la mayoría de los Estados Miembros no tienen ninguna previsión especial, por lo que aplican la obligación general del uso restringido de la libertad personal del sospechoso o del acusado cuando esto sea necesario (Dinamarca, Italia, España y Reino Unido). Por el contrario, la legislación francesa sostiene que «Nadie podrá ser sometido a llevar esposas o ataduras salvo si la persona es peligrosa para otros o para él mismo, o ha intentado fugarse. En ambos casos, deberán tomarse todas las medidas necesarias, en condiciones compatibles con las exigencias de seguridad, para evitar que la persona esposada o trabada fuera fotografiada u objeto de una grabación audiovisual» (art. 803 del Código Procesal Penal francés). Refiriéndose más específicamente al uso de cajas de cristal o jaulas, de vez en cuando, aparecen sentencias que debaten el impacto de estas medidas en las decisiones y en relación con el principio de presunción de inocencia. No obstante, en la literatura jurídica no se ha producido este debate.

2.1.2 DESPUÉS DE UNA ABSOLUCIÓN O SUSPENSIÓN

Como se sostiene a nivel europeo⁵⁵, una absolución o suspensión no excluye el establecimiento de responsabilidades civiles, lo cual es posible debido al diverso estándar de prueba que existen en ambos derechos. No obstante, en estos casos en el procedimiento civil no debe existir referencia alguna a la culpabilidad penal (Dinamarca, Francia, Italia y Reino Unido).

2.2 La carga de la prueba

2.2.1 EL SIGNIFICADO DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL PAPEL DE LA FISCALÍA, EL JUEZ Y LA DEFENSA

La carga de la prueba en los procedimientos parece ser un punto común en todos los Estados Miembros, aunque es un tema en el que debe profundizarse debido a las diferentes tradiciones judiciales ancladas en el sistema inquisitivo o adversarial. En muchos Estados Miembros, la carga de la prueba recae en la fiscalía (Dinamarca, Francia, Italia, Polonia y Reino Unido). Sin embargo, en España y Alemania, hay al menos una diferencia terminológica: el concepto «carga de la prueba» se usa con menos frecuencia ya que los jueces tienen la obligación de averiguar la verdad, lo que incluye la posibilidad de ir más allá de la prueba presentada.

Más allá de cuestiones semánticas, generalmente se admite que la fiscalía debe realizar la investigación y que la defensa puede mantener un comportamiento «pasivo» durante el procedimiento penal, aunque en algunos ordenamientos la fiscalía tiene que buscar tanto pruebas inculpatorias como exculpatorias. En Francia, desde 2016, tanto el juez como la fiscalía tienen que investigar «à charge et à décharge» «à charge et à décharge» (art. 81 del Código procesal penal en relación al juez de instrucción y artículo 39.3 en relación al fiscal). En Alemania, la ley establece [§ 160(2) del Código procesal penal] que «la fiscalía deberá comprobar no sólo las circunstancias incriminatorias sino también las absolutorias, debiendo además custodiar debidamente la prueba con el fin que no se pierda». Esta disposición ha llevado a considerar que el ministerio fiscal alemán es la «autoridad más objetiva del mundo»⁵⁶.

⁵⁵ Sección 1, 2.2.2

⁵⁶ Vid. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, Bloomsbury Publishing, 2012, p. 28.

Más allá de la oposición histórica entre los sistemas acusatorios y los sistemas inquisitivos, se admite actualmente que el juez tiene capacidad para buscar tanto pruebas inculpativas como exculpativas (Dinamarca, Francia, Alemania, Italia y España). En Dinamarca, el presidente del juzgado está capacitado y obligado a interrogar en cualquier momento en «interés de la verdad» (Ley de la Administración de Justicia, § 867) y ordenar la realización de pruebas más allá de los intereses de las partes, incluso cuando la prueba haya sido retirada por la parte afectada (Acto de la Administración de justicia, sección 874). En Italia, el Código de Procedimiento Penal incluye algunos casos en los que la prueba se realiza también por iniciativa del juez. Por ejemplo, según el artículo 507 del Código de Procedimiento Penal, «una vez finalizado la obtención de la prueba, el juez puede ordenar *ex officio*, la admisión de nuevas pruebas si es totalmente necesario.» En el Reino Unido, aunque solo se efectúa de manera esporádica, «el juzgado tiene la capacidad de llamar a los testigos que ni la fiscalía ni la defensa ha decidido llamar» (*Wallwork* (1958) 42 Cr App R 153).

También está admitido que la defensa pueda presentar pruebas o pedir medidas de investigación específicas para obtener pruebas. En el Reino Unido, por su puesto, el sospechoso o la persona acusada puede iniciar su propia investigación sin ningún tipo de autorización. Puede interrogar a testigos, llevar a cabo pruebas periciales, solicitar al juzgado la obtención de una prueba que está en el extranjero... También en Italia la defensa tiene un derecho parecido. Recordemos que en el sistema procesal penal fue totalmente reformado en 1988 al cambiar de un sistema inquisitivo a uno básicamente acusatorio, y en la generación de prueba ante el juez durante el juicio oral. El artículo 190 del Código Procesal Penal titulado *diritto allá prova* establece que la prueba ha de ser admitida a petición de la parte. Asimismo, el abogado del sospechoso (y de la víctima) tiene la capacidad de realizar investigaciones para su defensa (art. 327-bis, *attività investigativa del difensore*). En España, el juez debe llevar a cabo las medidas propuestas por el fiscal o la defensa de cualquiera de las partes, salvo que las considere inútiles o perjudiciales (art. 311 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En Francia, el sospechoso/persona acusada puede pedir, durante la fase de investigación, consultar a un experto (art. 156 del Código de Procedimiento Penal). En Alemania, la defensa tiene el derecho de / interrogar al testigo pero, durante la fase de investigación, está el interrogatorio puede, sin embargo, excluirse si pone en peligro la finalidad de la investigación, especialmente si hay algún riesgo de que el testigo no diga la verdad

en presencia del acusado [§168c (3) y 141 (3) del Código Procesal Penal Alemán]⁵⁷.

Estos ejemplos destacan la existencia de una coincidencia entre los medios –más acusatorios– para la obtención de pruebas.

2.2.2 LAS PRESUNCIONES DE HECHO O DE DERECHO

La Directiva 2016/343 admite que la carga de la prueba pueda invertirse en caso de presunciones de hecho o de derecho. Mientras que muchos estados admiten esta posibilidad (Francia, Alemania y Reino Unido), otros la prohíben (Italia y España). En realidad, más allá de esta diferencia, lo importante es el concepto de infracción sobre el que se proyecta y en particular si comprende o no la *mens rea*⁵⁸. Por un lado, al admitirse las presunciones, estas tienen que estar limitadas de en atención a las exigencias europeas (proporcionalidad, refutabilidad, respeto de los derechos de la defensa). La doctrina inglesa específica incluso que cuando la carga de la prueba recae en la defensa, el estándar de prueba no es «más allá de la duda razonable» sino «el equilibrio entre probabilidades». Por otro lado, incluso en los estados que están totalmente en contra de las presunciones, encontramos algunos matices. Así, por ejemplo, en Italia, en el ámbito de delitos fiscales, las presunciones de derecho que operan en el derecho tributario no se admiten en el marco de la responsabilidad penal. No obstante, pueden ser admitidas para implementar medidas preventivas como los embargos preventivos, para los cuales también se permite el decomiso por equivalencia. En este caso, el juez al que se le solicita la revisión debe exponer una lista de razones por las que se considera que los elementos proporcionados por la defensa no son relevantes con el fin de descartar la existencia de «*fumus commissi delicti*» justificando la medida. (Corte Suprema de Casación Italiana, III Sección Penal, 1261/2012).

2.3 *In dubio pro reo*

En caso de que haya duda sobre la culpabilidad la Directiva 2016/343 no requiere la absolución de la persona, sino solamente dando un mayor margen de

⁵⁷ Entre varios procedimientos contra Alemania antes del TEDH en este aspecto, cfr TEDH, Gran Sala, 15 de diciembre de 2015, *Schatschaschili v. Alemania*.

⁵⁸ Vid. T. ELHOLM en este mismo libro.

apreciación «que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto». Estos términos, que favorecen claramente a los Estados Miembros, ponen de manifiesto una diferencia entre los enfoques europeos y los nacionales. Como hemos podido ver anteriormente (secciones 1, 2 3) la Directiva 2016/343 (Preámbulo párrafo 22 y art. 6.2) acoge la regla «*in dubio pro reo*» como un aspecto de la carga de la prueba. En cambio, los sistemas nacionales no utilizan la regla de *in dubio pro reo* en lo que se refiere a la carga de la prueba sino como un principio para tomar decisiones (Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, España y Reino Unido). En Francia, entre sus deberes, los miembros del jurado tienen que «recordar que se presume la inocencia del acusado y que le asiste el beneficio de la duda; debiendo decidir de acuerdo con los argumentos presentados por la defensa y la acusación según su conciencia y su convicción íntima, con la imparcialidad y la firmeza que corresponden a un hombre probo y libre» (art. 304 del Código procesal penal). En Alemania, el principio de *in dubio pro reo* se aplica cuando el juez valora todas las pruebas que tiene ante él. Al no referirse este principio a la manera de valorar la prueba, no se considera un principio sobre la prueba, sino una regla referida a la toma de decisiones (*keine Beweis-, sondern Entscheidungsregel*), que requiere que el juez absuelva en caso de dudas sobre la culpabilidad. En Italia, el juez debe absolver en caso de que no haya prueba o esta sea contradictoria o insuficiente para probar el hecho o la participación en él del acusado (art. 530 del CPP). En España, este principio solo se aplica cuando, en el momento del juicio hay una situación de duda, pese a que se haya llevado a cabo suficiente actividad probatoria (STC 1261/2012).

2.4 Los límites de la prueba

En cuanto a la admisibilidad de la prueba, los sistemas penales de los Estados Miembros mantienen posiciones diferentes: «algunos Estados Miembros lo aplican como una regla de exclusión, otros se fijan en la equidad del proceso, mientras que otros Estados Miembros lo dejan en manos de los jueces mediante una valoración libre»⁵⁹, existiendo muchas variaciones dentro de estos diferentes grupos.

Por un lado, en el sistema italiano, el juez debe excluir la prueba que no esté permitida por la ley o que sea manifiestamente superflua o irrelevante (art. 190 del código). La prueba que se haya obtenido ilícitamente no será usa-

⁵⁹ S. CRAS y A. ERBEZNIK, «*The Directive on the Presumption of innocence and the right to be present at trial*», *op. cit.*, p. 34.

da y su exclusión debe ser declarada *ex officio* en cualquier momento o instancia del procedimiento (art. 191). También en España la prueba debe ser legal, distinguiéndose entre aquella que viola derechos fundamentales (prueba prohibida) o la que es contraria a la ley (prueba ilegal).

Por otro lado, Alemania reconoce el principio de la libre valoración de la prueba (*freie Beweiswürdigung*). El juzgado debe decidir el resultado dependiendo de la prueba obtenida, teniendo en cuenta su convicción libre después de la valoración conjunta de lo escuchado en el juicio. No obstante, este principio tiene algunas limitaciones. Si la valoración de la prueba viola los derechos fundamentales, ésta será excluida por haberse obtenido de manera ilícita. No encontramos normalmente disposiciones explícitas. Una de ellas es la § 136 a StPO: las declaraciones obtenidas mediante la utilización de métodos ilegales (malos tratos, cansancio inducido, interferencias físicas, drogas, tortura o hipnosis) no podrán usarse, aunque el acusado lo permita. Muchas de las prohibiciones referidas a la prueba ilícitamente obtenida son parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. El principio de proceso debido implica que en principio solo pueda utilizarse la prueba obtenida legalmente. No obstante, los límites siguen sin estar claros en la jurisprudencia o en la doctrina. La prohibición de usar pruebas obtenidas ilícitamente es –con excepciones como la del § 136 a StPO– no absoluta sino más bien de carácter relativo. Es decir, el juez debe realizar una ponderación interés público en la persecución penal y la gravedad de la violación del derecho fundamental y del proceso debido. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha permitido que pueda utilizarse como prueba un CD que contiene datos de clientes de un banco extranjero, que fue adquirido por Alemania a un empleado del banco y que lo obtuvo de manera ilegal⁶⁰.

También en Dinamarca, el principio general es el de la libre valoración de la prueba, aunque en ocasiones dicha prueba se haya obtenido ilegalmente. Así por ejemplo se ha admitido la obtención ilegal de imágenes realizadas por el propietario de un coche que fue objeto de daños. El tribunal señaló que existía un caso de reiteración, que el delito fue grave, que el incumplimiento de la ley fue leve y que la defensa tuvo la oportunidad de contestar al contenido de las grabaciones⁶¹. Generalmente, aunque la cuestión acerca de la admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente ha sido discutida en la doctrina y algunos autores defienden su exclusión, en la práctica, esta postura se ha defendido solo excepcionalmente .

⁶⁰ Respecto a un caso penal sobre fraude fiscal: Tribunal Constitucional Alemán: 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09, NJW 2011, 2417, mn. No. 44, 48 et seq.

⁶¹ UfR 2006.1967 Ø.

En un punto intermedio encontramos a Francia con el «*principe de loyauté*» y al Reino Unido con la equidad procesal. El simple hecho de que la prueba se haya obtenido mediante la violación de derechos recogidos en el CEDH no implica que estas sean automáticamente excluidas, siendo la pregunta principal la equidad en conjunto. La Ley de Policía y Evidencia Criminal de 1984, s. 78(1) indica que en todos los procedimientos penales «el juzgado puede rechazar aceptar la prueba que la fiscalía le propone, cuando aprecie que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquellas en que la prueba fue obtenida, su admisión puede tener un efecto perjudicial en la equidad del procedimiento». De acuerdo con la doctrina, «el juzgado no puede excluir la de su prueba bajo lo dispuesto en esta sección simplemente como muestra de su rechazo al modo en que fue obtenida [...] la prueba deberá excluirse [...] cuando haya un riesgo real de que debido al modo inapropiado en que fue obtenida, ello afecta a su fiabilidad y por ello a la equidad del juicio»⁶².

Más allá de las imágenes estereotipadas que a veces se tienen de los diversos sistemas, existen puntos en común que se iluminan por la luz del Derecho europeo aunque no los haya creado. Todos los Estados Miembros prohíben la admisión de prueba que haya sido obtenida mediante la tortura.

3. TENDENCIAS COMUNES

3.1 La verdad material

En los Estados Miembros los procedimientos penales se rigen por un balance entre los derechos de la defensa y el principio de presunción de inocencia por un lado y de la efectividad del procedimiento y de la búsqueda de la prueba por el otro. Aunque no aparece en algunos Estados Miembros (Reino Unido), en la mayoría de los Estados Miembros (Dinamarca, Francia, Alemania e Italia), el objetivo es la verdad material, siendo esto un principio directriz de la presunción de inocencia. En Francia, la búsqueda de la verdad es un objetivo general del procedimiento penal. Las palabras «*manifestation de la vérité*» aparecen alrededor de 40 veces en el Código⁶³. También en Alemania, el propósito de cualquier

⁶² D. ORMEROD y D. PERRY (eds.), *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford University Press, 2016, p. 2415.

⁶³ Por ejemplo, el artículo 39.3 del Código Francés establece que el fiscal «se asegure de que las investigaciones tienen como finalidad el descubrimiento de la verdad»; el artículo 81: «El juez a cargo de la investigación se encargará de acuerdo con la ley para cualquier paso necesario para el descubrimiento de la verdad»; el artículo 82-1: « En el curso de la investigación, las partes pueden presentar al juez de instrucción una solicitud escrita y motivada para ser oídas o interrogadas, para interrogar a un testigo, para un careo o una inspección del lugar de los hechos, para ordenar a una de ellas que revele un elemento útil para la investigación o para que se

investigación y juicio es encontrar «*materielle Wahrheit*»: corresponde al tribunal determinar los hechos y las pruebas. El jurado se encuentra en una posición de confiar únicamente en las mociones o declaraciones aportadas por las partes del proceso, particularmente la defensa y la fiscalía⁶⁴.

Durante mucho tiempo, la «verdad material» debía buscarse a «toda costa», siendo esto la característica principal de los sistemas inquisitivos. Hoy, aunque la «verdad material» funciona como un principio guía en el objetivo, se considera que la verdad aparece con un debate contradictorio entre las partes (incluyendo a la fiscalía). En este sentido, la verdad material se podría considerar como un principio común.

3.2 La compensación por la violación de la presunción de inocencia

De acuerdo con el artículo 10 de la Directiva 2016/343, «Los Estados Miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso.» Este derecho es bastante amplio, pudiendo apreciar que los Estados Miembros pueden admitir la posibilidad de reconocer la violación del principio de presunción de inocencia incluso desde diferentes enfoques. Naturalmente, en caso de que sea en detención antes del juicio, esto será compensado. Mas allá de la privación de libertad sin una condena posterior, se puede admitir la compensación (no sólo económica) bajo determinadas circunstancias. En Francia, como ya hemos mencionado, el juez civil tiene la posibilidad de intervenir (vid. sección II, 2.1.1). Podemos añadir también la posibilidad («derecho de rectificación») de las personas presentadas a solicitar una rectificación en el plazo, de 3 meses desde la decisión definitiva acerca del sobreesimiento o la absolución (art. 13 de la Ley 1881 sobre la prensa).

adopte cualquier otra medida que les parezca necesaria para el descubrimiento de la verdad»; el artículo 310: «El presidente está revestido con un poder discrecional por el que puede, bajo su honor y conciencia, tomar cualquier medida que considere necesaria para el descubrimiento de la verdad (...). Puede convocar en el curso de la audiencia, en su caso mediante una orden de arresto, e interrogar a cualquier persona o hacer que se le presente cualquier elemento nuevo que, a la luz de la evolución de la audiencia, considere útil para el descubrimiento de la verdad».

⁶⁴ En Alemania, la máxima para determinar la verdad material se establece en el artículo 155 2) del GCPC (los tribunales estarán autorizados y obligados a actuar con independencia; en particular, no estarán obligados por las solicitudes de las partes cuando apliquen una norma penal) y en el artículo 244 2) del GCPC (a fin de establecer la verdad, el tribunal ampliará, de oficio, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba pertinentes para la decisión).

En España, según los artículos 106⁶⁵ y 121⁶⁶ de la Constitución Española, los daños causados por error judicial, como los que resulten del funcionamiento incorrecto de la Administración de Justicia, deberán capacitar al ciudadano para la compensación (el art. 292 de la Ley del Poder Judicial establece un procedimiento especial para estos casos).

Sección III. Cuestiones sin resolver

1. LA DIRECTIVA 2016/343

La Directiva 2016/343 no sólo es reciente, su plazo de transposición terminó el 1 abril de 2018, y existe poca jurisprudencia al respecto, sino que tampoco es exhaustiva como transluce ya de su nombre «determinados aspectos de la presunción de inocencia».

Más allá de la dificultad de entender de manera completa el alcance de la Directiva (es decir, como entender los procedimientos penales), una cuestión pendiente es su aplicación a las personas jurídicas⁶⁷. Por ahora, las personas jurídicas están fuera del alcance de la Directiva. El motivo es que, en algunos casos, como por ejemplo en los de competencia, el TJUE ha admitido que las empresas puede verse obligadas a veces a dar información que las podría incriminar. Este punto es problemático y muestra una vez más que la Unión Europea no se siente cómoda en lo que respecta a las personas jurídicas. Las personas jurídicas, no obstante, no se incluyen ni en la Directiva 2016/343 del 9 de marzo, ni en otras directivas sobre aspectos penales, como la Directiva 2012/29/EU del 25 de octubre de 2015 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Sin embargo, las personas jurídicas están incluidas (ya que no están expresamente excluidas) en otras directivas de la «Hoja de ruta para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales», en la Directiva sobre la Orden de Investigación Europea, así como en la Carta Europea de Derechos

⁶⁵ Artículo 106 Constitución Española: «2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

⁶⁶ Artículo 121 Constitución Española: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

⁶⁷ Vid. Sección I, 2.1. También en S. LAMBERIGTS, *The Directive on the presumption of innocence. A missed opportunity for legal persons?*, eucrim 1/2016, pp. 36-41.

Fundamentales y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁸. Esta ambigüedad o doble discurso no resulta conveniente.

2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LA PRUEBA Y LA OLAF

El desarrollo de tareas en investigaciones internacionales, particularmente las llevadas a cabo por la OLAF, es problemática no sólo por cuestiones de soberanía compartida entre los Estados Miembros y la Unión Europea, sino también desde la perspectiva de las garantías de los ciudadanos de la UE⁶⁹. Las Directivas europeas, que prevén garantías procesales, están dirigidas a los Estados Miembros. No obstante, el Derecho de la UE es aplicable tanto directa como indirectamente a las autoridades europeas y a la OLAF.

De manera directa, la OLAF está sometida a los tratados europeos (incluyendo la Carta) y toda la regulación que le concierne. El Reglamento n.º 883/2013 (EU, Euratom) *relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)* le da la posibilidad a la OLAF de llevar a cabo investigaciones internas y externas⁷⁰. A fin de aumentar la eficacia de las investigaciones, la Directiva señala que «los datos comunicados y obtenidos en el transcurso de las investigaciones» son confidenciales (art. 10) incluyendo a la persona afectada, que tiene un acceso muy limitado (la grabación de su interrogatorio con la OLAF durante la investigación, el sumario de los hechos que le conciernan tras el fin de la investigación a fin de comentar, salvo «En aquellos casos en los que sea necesario preservar la confidencialidad de la investigación y que impliquen el recurso a procedimientos de investigación que incumban a una autoridad judicial nacional» [art. 9.(4)]⁷¹. La confidencial, sin embargo, no puede entenderse solo como refuerzo para la eficiencia de la investigación, sino también como una «consecuencia» de la

⁶⁸ Vid. R. PARIZOT, *Les influences des acquis du droit pénal européen sur la procédure pénale*, en G. GIUDICELLI-DELAGE y S. MANACORDA (eds.), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Paris, Société de législation comparée, 2013, pp. 77-88.

⁶⁹ M. SIMONATO, «OLAF investigations in a multi-level system. Legal obstacles to effective enforcement», *eurim* 3/2016, pp. 136-141. También en este aspecto L. KUHL, *L'expérience de l'Office européen de lutte anti-fraude*, en G. GIUDICELLI-DELANGE, S. MANACORDA y J. TRICOT (ed.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen. Nécessité, modèles, enjeux*, Paris, Société de législation comparée, 2015, pp. 175-184.

⁷⁰ Se espera la publicación de un informe de evaluación del Reglamento n.º 883/2013 en Octubre de 2017.

⁷¹ Ejemplos de acceso denegado a documentos relacionados con una investigación de la OLAF, Corte General, 21 de mayo de 2014, T-447/11, *Lian Catinis v. Comisión Europea*, particularmente el par. 54; Corte General, 26 de mayo de 2016, T-110/15, *International Management Group v. Comisión Europea*, particularmente par. 36.

presunción de inocencia⁷²: «1. En sus investigaciones, la Oficina buscará pruebas de cargo y de descargo. Las investigaciones se efectuarán de manera objetiva e imparcial, de conformidad con el principio de presunción de inocencia y con las garantías procedimentales establecidas en el presente artículo.» [art. 9.(1)]. La información dada al público debe respetar el principio de presunción de inocencia respecto a la persona involucrada (secc. 25): «El Director General garantizará que toda información facilitada al público se proporcione de forma neutral e imparcial y que su divulgación respete la confidencialidad de las investigaciones y cumpla con los principios recogidos en el presente artículo y en el artículo 9, apartado 1.» (art. 10.5). Por ello, no se respeta la presunción de inocencia por la OLAF cuando se filtran a la prensa los delitos⁷³ por los que dicha persona está siendo investigada.

De manera indirecta existe también una sujeción al Derecho de la UE., si la OLAF realiza informes que pueden utilizarse como prueba en procedimientos administrativos o judiciales⁷⁴ nacionales, estos deben que respetar las leyes nacionales y, por lo tanto, los estándares europeos. El artículo 12.4 del Reglamento 883/2013 establece de manera más específica: «La Oficina podrá facilitar elementos de prueba en procedimientos en curso ante los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el Derecho nacional y el Estatuto de los funcionarios»⁷⁵. Es decir, si las investigaciones de la OLAF no respetan los Derechos Fundamentales y las normas nacionales, el juez nacional puede rechazar el informe de la OLAF como prueba e incluso cancelarlo⁷⁶.

⁷² El principio de presunción de inocencia «tiene su colorario en mantener la confidencialidad de la OLAF» (Juzgado de Primera Instancia, 8 de julio de 2008, T-48/05, *Franchet y Byk v. Comisión Europea*, par. 213).

⁷³ Juzgado de Primera Instancia, 8 de julio de 2008, T-48/05, *Franchet y Byk v. Comisión Europea*, pars. 214-219.

⁷⁴ Recientemente, el TJUE ha precisado «l'article 11, paragraphe 1, du règlement n. 883/2013 ne saurait être interprété dans le sens qu'il emporte des obligations pour les autorités nationales destinataires du rapport et des recommandations de l'OLAF invoqués par la requérante quant aux suites que lesdites autorités devraient donner aux actes en question à l'égard des personnes qui y sont nommées» (Tribunal, 21 de junio de 2017, T-347/16, par. 39).

⁷⁵ Vid. párrafos 12 y 28 de la Regulación.

⁷⁶ Vid. sección I, 3 y el ejemplo del control realizado por el Tribunal Supremo francés sobre la actividad de la OLAF.

CAPÍTULO 6

PROCESO JUSTO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

JOANNA MIERZWIŃSKA-LORENCKA Y CELINA NOWAK

SUMARIO: Sección I. Dimensión europea.–1. Introducción.–2. El principio en la normativa y jurisprudencia europea.–2.1 Proceso equitativo (órgano judicial).–2.1.1 Tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley.–2.1.1.1 Tribunal establecido previamente por la ley.–2.1.1.2 Independencia.–2.1.2 Audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable.–2.1.3 Audiencia dentro de un plazo razonable.–2.2 El principio de la tutela judicial efectiva.–3. Cuestiones específicas.–Sección II. Dimensión comparada.–1. Introducción.–2. Tendencias comunes.–2.1 Tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley.–2.1.1 El tribunal establecido previamente por la ley.–2.1.2 Independencia e imparcialidad.–2.2 Audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable.–2.2.1 Audiencia equitativa y pública.–2.2.2 Plazo razonable.–2.3 El principio de la tutela judicial efectiva.–3. Tendencias emergentes comunes.–Sección III. Cuestiones pendientes.–1. Introducción.–2. Cuestiones problemáticas/conflictivas pendientes.–2.1 Cuestiones problemáticas a nivel nacional.–2.2 Cuestiones problemáticas a nivel europeo.–3. Cuestiones problemáticas pendientes en el sector PIF.

Sección I. Dimensión de la Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída de manera equitativa constituye un principio general del Derecho de la Unión¹, que está compuesto a su vez por varios elementos, entre ellos el acceso a la autoridad

¹ TJUE, 28 de marzo de 2000, C-7/98, *Krombach*, ECLI: UE: C:2000:164, par. 26.

judicial competente². El artículo 47 de la CEDF consagra este derecho, inspirándose según las Explicaciones sobre la Carta de Derechos fundamentales, en el artículo 6.(1) del CEDH³. Además en el caso concreto del derecho a tutela judicial efectiva la Carta se inspira en el artículo 13 CEDH⁴. No obstante, debe indicarse desde este momento que su ámbito de aplicación es distinto. En el Derecho de la Unión, el derecho a un proceso equitativo no se limita a los procesos penales o los procesos civiles donde se establecen derechos y obligaciones, tal como ocurre en el marco del CEDH. La necesidad una audiencia equitativa y pública se aplica a todos «los derechos y libertades que garantiza el Derecho de la Unión», como consecuencia de que la Unión Europea es «una comunidad basada en el Estado de Derecho»⁵.

El artículo 47 de la Carta ha sido desarrollado por el derecho secundario, que tiene su punto de partida en el Plan de trabajo para reforzar los Derechos Procesales de 2009, presentado por la presidencia sueca. Como es bien conocido, este programa legislativo ha marcado la ruta de las reformas procesales que han desarrollado los derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa. Existen tres instrumentos legislativos que se han introducido y adoptado hasta la fecha: la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales que establece el derecho a informar a las personas sujetas a la orden de detención europea (sospechosos y acusados); la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea; y la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los pro-

² S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

³ «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente 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 en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia». El TEDH limita el alcance del artículo 6 del CEDH en comparación con el artículo 47 de la Carta, véase TEDH, 24 de agosto de 1993, *Massa v. Italy*, número del recurso 14399/88, Ser. A, 265.

⁴ «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». Algunos afirman que el derecho a un recurso efectivo en el Derecho de la Unión se aplica de forma más genérica que en el CEDH. Véase TJUE, 15 de mayo de 1986, C-222/84, *Johnston*, ECLI: UE: C:1986:206, Rec 1651.

⁵ TJUE, 23 de abril 1986, C-194/83, *Los Verdes*, ECLI: EU: C: 1986: 166, par. 23.

cesos penales, que determina el derecho a utilizar la lengua nativa en procesos penales con arreglo al Derecho de la Unión.

2. EL PRINCIPIO EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA EUROPEA

2.1 Proceso equitativo (órgano judicial)

El derecho a un proceso equitativo en la Unión Europea exige cumplir con estos dos requisitos: (1) la causa debe ser examinada por un tribunal independiente e imparcial, (2) mediante una audiencia equitativa y pública, realizada dentro de un plazo razonable.

2.1.1 TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL ESTABLECIDO PREVIAMENTE POR LA LEY

Como acaba de verse, el derecho a un proceso equitativo requiere que el órgano judicial cumpla a su vez con los siguientes requisitos: (i) el órgano encargado debe ser un tribunal con competencias establecidas previamente por la ley (ii) y ha de ser independiente e imparcial.

2.1.1.1 *Tribunal establecido previamente por la ley*

En el momento de determinar si un organismo es un tribunal, deben tenerse presentes determinados aspectos institucionales organizativos. En concreto, han de tenerse en cuenta algunos de los siguientes factores⁶. En primer lugar, un órgano sólo se considera un tribunal de acuerdo con el artículo 42 (2) de la Carta cuando haya sido establecido por la ley y no por las partes⁷. Esto implica que debe haberse creado a partir de una decisión del poder legislativo o del ejecutivo, adoptada a través de los cauces legislativos pertinentes. En

⁶ TJUE, 30 de junio de 1966, C-61/65, *Vaassen (néeGöbbels)*, ECLI: UE: C:1966:39, p. 273; TJUE, 11 de junio de 1987, C-14/86, *Pretore di Salò*, ECLI: UE: C:1987:275, par. 7; TJUE, 27 de abril de 1994, C-393/92, *Almelo and Others*, ECLI: UE: C:1994:171, par. 21; TJUE, 19 de octubre de 1995, C-111/94, *Job Centre*, ECLI: UE: C:1995:340, par. 9; TJUE, 17 de septiembre de 1997, C-54/96, *Dorsch Consult IngenieurgesellschaftmbH*, ECLI: EU: C:1997:413, par. 23.

⁷ TJUE, 17 de octubre de 1989, C-109/88, *Danfoss*, ECLI: UE: C:1989:383, paras. 733-8.

segundo lugar, el órgano debe tener carácter permanente y no haberse establecido *ad hoc*, con el fin de resolver únicamente la causa o el litigio determinados. Además, su competencia debe ser obligatoria en cuanto al asunto a tratar, y su procedimiento debe ser *inter-partes*. Por último, pero no menos importante, el órgano en cuestión debe actuar en conformidad con la ley, es decir, sometido al Estado de Derecho.

Los principios del Estado de Derecho, a partir de la idea de la separación tripartita de poderes, han generado un modelo de poder judicial, cuya característica principal es la de su independencia frente al resto de poderes. La independencia es un requisito para fomentar la confianza cívica en la administración de justicia, e incluso en todo el sistema de derecho de un país. La sociedad espera una gran labor por parte de los jueces y tribunales, que implica su imparcialidad, la ausencia de toda presión y su independencia institucional, en cuanto que deben formar parte del poder judicial.

La competencia del tribunal debe definirse a través de la ley parlamentaria, sin que sea necesario que la ley establezca cada aspecto de la organización judicial. Por esta razón, la costumbre no puede determinar la posición y la función del juez. La valoración del concepto de «tribunal establecido por la ley» conlleva un examen general de la estructura a partir de la cual se ha conformado la totalidad de los distintos órganos; por regla general no resulta pertinente examinar las competencias del órgano en cuestión en relación con las circunstancias concretas del caso, entrando a cuestiones como la valorar si a tenor del derecho interno se ha respetado la competencia jerárquica o territorial o si la composición del tribunal que juzga el caso resulta la adecuada⁸. Solo en casos muy excepcionales, el TEDH examina el concepto de «tribunal establecido por la ley» revisa la legalidad de aspectos como la concreta formación de un tribunal. En estos casos excepcionales el estándar de prueba es especialmente riguroso y se exige al recurrente demostrar que demuestre la existencia de una total ausencia de base legal, que va más allá de la existencia de dudas acerca de las competencias de un determinado órgano judicial o de sus miembros.

2.1.1.2 *Independencia*

En cierto modo, el concepto de independencia del tribunal se yuxtapone con el primer elemento del «tribunal establecido por la ley», ya que conlleva la existencia de garantías procesales que separan el poder judicial del resto de

⁸ TEDH, 10 de octubre de 2000, *Daktaras v. Lithuania*, número del recurso 42095/98.

poderes, principalmente el poder ejecutivo⁹. En concreto, conlleva el análisis de las garantías institucionales y reglamentarias contra la injerencia de otras ramas del poder en los asuntos judiciales. En lo que sigue se analizará en primer lugar la jurisprudencia del TEDH y a continuación la del TJUE.

En la jurisprudencia del TEDH, la independencia se analiza con frecuencia de manera conjunta con la imparcialidad «objetiva» o «externa». Se precisa cierto grado de separación estructural entre los jueces y tribunales y el poder ejecutivo. El hecho de que un órgano del ejecutivo, por ejemplo, un ministro, nombre a los jueces de los tribunales no significa que pierda su independencia. En este punto, se requiere un análisis más exhaustivo sobre el tipo de nombramiento, los mandatos y las garantías parlamentarias previstas contra posibles presiones externas. La existencia de medidas que protejan al juez durante su mandato contra la destitución, que pueda llevar a cabo el poder ejecutivo, resulta un corolario necesario de la «independencia». No es necesario, sin embargo, que la inamovilidad se recoja de manera expresa por la ley, bastando en este punto su reconocimiento de hecho. En cuanto a su financiación, el que los jueces y tribunales se financien a través de un conjunto de reglas y procedimientos dictados por el ejecutivo no significa que los jueces pierdan su independencia.

No se exige tampoco por el TEDH que el nombramiento como juez tenga que venir acompañado de un periodo de tiempo mínimo. El periodo más corto en este punto, pero pese a ello aceptable, es el de tres años en el caso de un juez disciplinario dentro de un centro penitenciario. Los tribunales mixtos formados por jueces profesionales y jueces legos (asistentes judiciales) son compatibles con el requisito de independencia, siempre y cuando se establezcan garantías suficientes para la independencia de estos últimos, como por ejemplo la protección frente a una terminación prematura de sus obligaciones o restricciones concernientes a impedir que los jueces legos intervengan en asuntos que afectan a partes que han participado en su nombramiento¹⁰.

El TEDH ha destacado la importancia de la apariencia de independencia, esto es, determinar si un observador independiente consideraría que estamos ante un «tribunal independiente». Las cuestiones relativas a la apariencia de independencia en un asunto determinado se suelen abordar a través del test de imparcialidad objetiva¹¹. En el caso de tribunales especializados el ángulo elegido vuelve a ser nuevamente la «independencia» y no la «imparcialidad» del juez. El proceso de nombramiento de los jueces que conforman un tribunal en un asunto determinado es otra situación que

⁹ TEDH, 13 de mayo de 2008, *Clarke v. the United Kingdom*, número del recurso 70521/01.

¹⁰ TEDH, 21 de julio de 2009, *Luka v. Romania*, número del recurso 34197/02.

¹¹ TEDH, 10 de octubre de 2000, *Daktaras v. Lithuania*.

también suele arrojar sombras sobre su independencia. Tampoco genera dudas el hecho de que los tribunales se financien a cargo de los presupuestos públicos, salvo en aquellos procedimientos en los que el estado es el acusado y existe un vínculo entre los fondos que recibe el tribunal y la causa en cuestión.

La imparcialidad analiza la independencia de los tribunales en relación con las partes de una causa determinada. La presencia de un juez parcial en el tribunal puede conllevar la violación del requisito de imparcialidad, aunque no existan razones para dudar sobre la imparcialidad del resto de jueces o de su mayoría¹². La «imparcialidad» es la falta de predisposición o prejuicio hacia las partes. Existen dos tipos de imparcialidad: subjetiva y objetiva. El test de imparcialidad subjetiva exige un nivel mucho más exigente a la hora de individualizar las causas que conllevan a la pérdida de parcialidad, y exige demostrar que existe una relación personal entre un miembro del tribunal y alguna de las partes. La imparcialidad subjetiva se presume salvo que se demuestre lo contrario.

La decisión del juez a la hora de denegar la libertad bajo fianza del acusado no significa necesariamente que este juez no sea apto para estudiar a fondo la causa del acusado; sin embargo, si la ley precisa que el juez que ordena la detención debe tener la firme sospecha de que la persona ha cometido el delito que se le atribuye, ese juez no podrá formar parte del tribunal sentenciador¹³. Los jueces que ordenan la detención deben por ello ser cuidadosos con los términos que utilizan. No puede recusarse al juez que ordena la detención cuando hace referencia únicamente al «carácter sospechoso» del acusado. Por el contrario, cuando el juez deniega la libertad bajo fianza hace referencia de manera inequívoca y clara a que existen pruebas suficientes que demuestran la participación del autor en los hechos y su «culpabilidad», supondría una violación del artículo 6 el que este juez formara parte del tribunal sentenciador¹⁴.

En la jurisprudencia del TJUE, más allá del estatus legal, de las competencias o características atribuidas a un órgano judicial estos sólo pueden considerarse como «tribunales» en el sentido del artículo 47 de la Carta cuando tiene un estatus especial en relación a otros órganos, que le garantiza su independencia e imparcialidad. En efecto, según el TJUE, «la expresión «corte o tribunal» es un concepto del derecho comunitario, que, por su propia naturaleza, solo puede referirse al organismo que actúa como tercera parte en relación al órgano que adopta la decisión que constituye el objeto del

¹² TEDH, 9 de mayo de 2000, *Sander v. the United Kingdom*, número del recurso 34129/96.

¹³ TEDH, 11 de julio de 2006, *Ekeberg and others v. Norway*, número del recurso 11106/04.

¹⁴ TEDH, 22 de abril de 2010, *Chesne v. France*, número del recurso 29808/06.

litigio»¹⁵, por esta razón el órgano competente no puede formar parte bajo ningún concepto de una autoridad que tenga interés en el resultado o haya emitido la decisión objeto del proceso. Además, de acuerdo con el TJUE, las «garantías de independencia e imparcialidad exigen normas relativas a la formación del organismo y su nombramiento, la duración de sus funciones y los fundamentos de la abstención renuncia y destitución, con el fin de disipar cualquier duda razonable que puedan tener los ciudadanos en relación a la permeabilidad del tribunal a factores externos y su neutralidad en relación a los intereses en juego»¹⁶.

La independencia del «tribunal» puede ser de dos tipos: externa o interna. La independencia externa hace referencia a la resistencia de dicho organismo frente a la influencia del exterior. Tal y como afirma el TJUE: «el organismo deberá estar protegido contra cualquier acción o presión externa capaz de poner en peligro la independencia de criterio de sus miembros con respecto al procedimiento al que se enfrentan»¹⁷. Esa libertad esencial frente a factores externos requiere que existan garantías suficientes para proteger a quienes asumen la responsabilidad de juzgar un asunto, como por ejemplo las garantías contra la destitución del cargo»¹⁸. La independencia interna, por su parte, «está relacionada con la imparcialidad y garantiza la igualdad de condiciones de las partes en el procedimiento y sus intereses en cuanto al objeto del litigio. Este aspecto requiere objetividad y la falta de interés por el resultado del procedimiento, además del estricto cumplimiento del Estado de Derecho»¹⁹.

2.1.2 AUDIENCIA EQUITATIVA Y PÚBLICA DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

El principio del proceso justo es una de las garantías procesales más importantes de cualquier procedimiento, ya sea civil o penal, que aglutina un conjunto complejo de normas que hacen referencia a la manera en que el tribunal debe estudiar una causa concreta. La existencia de una audiencia equitativa y pública constituye un elemento imprescindible de este derecho,

¹⁵ TJUE, 30 de marzo de 1993, C-24/92, *Corbiau*, ECLI: UE: C:1993:118, par. 15; TJUE, 30 de mayo de 2002, C-516/99, *Schmid*, ECLI: UE: C:2002:313, par. 36.

¹⁶ TJUE, 19 de septiembre de 2006, C-506/04, *Wilson*, ECLI: UE: C:2006:587, para, 53.

¹⁷ TJUE, 4 de febrero de 1999, C-103/97, *Köllensperger and Atzwanger*, ECLI: UE: C:1999:52, par. 21; TJUE, 6 de julio de 2000, C-407/98, *Abrahamsson and Anderson*, ECLI: UE: C:2000:367, par. 36; TEDH, 28 de junio de 1984, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, Series A N. 80, § 78.

¹⁸ TJUE, *Wilson*, par. 51.a

¹⁹ TJUE, *Wilson*, par. 52, también TEDH, 1 de octubre de 1982, *Piersack*, Series A N. 53, § 30.

que engloba a su vez una serie de garantías procesales. En primer término, la equidad del procedimiento implica la obligación de facilitar una decisión razonada. Este requisito es importante y debe cumplirse para que las personas afectadas puedan disfrutar el derecho al recurso y el tribunal competente pueda controlar la decisión recurrida. Tal y como afirma el TJUE: «La efectividad de la revisión judicial [...] conlleva que el órgano comunitario en cuestión está obligado a comunicar los fundamentos de su decisión a la persona o entidad afectada en el momento de su decisión o, como muy tarde, tan pronto como le sea posible y todo ello con la finalidad de posibilitar a esta persona o entidad disfrutar de su derecho a interponer un recurso dentro del periodo establecido»²⁰.

Un procedimiento no es equitativo igualmente cuando a las personas interesadas no se les comunican sus derechos, ni su situación, entre lo que se incluye la fundamentación de la decisión. El TJUE ha subrayado correctamente este aspecto indicando que: «Sin embargo es importante destacar que el procedimiento establecido debe garantizar que [...] las víctimas conozcan cualquier asunto que vaya a utilizarse en su contra y tengan la oportunidad de realizar comentarios al respecto»²¹. Este elemento del principio del proceso equitativo ha tenido un desarrollo ulterior en el artículo 6 de la Directiva 2012/13/UE del 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La esencia del principio radica en la audiencia equitativa y pública ante el tribunal. El acceso del público garantiza precisamente la posibilidad de controlar tanto el procedimiento que sigue el tribunal como su equidad, por lo que resulta un aspecto esencial de la administración de justicia. Esta cuestión se ha planteado en varias ocasiones ante el TEDH²² y forma parte también de una de las garantías del Derecho de la Unión. La audiencia pública cobra especial importancia durante el procedimiento de primera instancia, cuando la causa se está examinando por primera vez²³ y es de menor importancia en instancias posteriores. Además, la notificación pública de la sentencia también es una garantía relevante para garantizar el control público de los tribunales.

²⁰ TJUE, 3 de septiembre de 2008, C-402/05 P, C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, ECLI: UE: C:2008:461 par. 336.

²¹ TJUE, 4 de diciembre de 2003, C-63/01, *Samuel Sidney Evans*, ECLI: UE: C:2003:650, par. 56.

²² TEDH, 21 de septiembre de 1975, *Golder v. UK*, Series A N. 18 § 36; TEDH, 8 de diciembre de 1983, *Axen v. Germany*, § 25; TEDH, 8 de diciembre de 1983, *Pretto et al. v. Italy*, Series A N. 71, p. 11, § 21.

²³ TEDH, 23 de abril de 1997, *Salinger & Kusoup. Austria*, § 51.

2.1.3 AUDIENCIA DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

El principio del proceso equitativo también engloba la obligación de las autoridades de juzgar la causa dentro de un plazo razonable. El punto de partida de este periodo comienza normalmente en el momento en que se incoa la acción ante el tribunal competente²⁴, mientras que finaliza cuando se cubre todo el procedimiento en cuestión, incluido el procedimiento de apelación²⁵ y extendiéndose hasta que exista una decisión que pone fin al litigio²⁶. El requisito del plazo razonable se aplica a todas las etapas del procedimiento legal relativas a la resolución de un litigio, sin excluir las etapas posteriores a la resolución sobre el fondo. Por esta razón, la ejecución de la resolución se considera parte fundamental del procedimiento a la hora de calcular el periodo correspondiente²⁷. El tiempo no se detiene hasta que el derecho que se reivindica en el procedimiento sea efectivo²⁸.

La equidad del procedimiento no se garantiza sin una administración rápida de justicia. Por esta razón, la audiencia de una causa debe llevarse a cabo dentro de un plazo razonable y valorase la duración total del procedimiento, para lo que, a decir del TJUE²⁹, deben tenerse presentes las circunstancias específicas de cada caso. En este punto, los criterios que formula el TJUE son similares a los establecidos por el TEDH³⁰. Ambos tienen en cuenta las siguientes circunstancias: la importancia de la causa para la persona afectada (si la causa es de vital importancia, por ejemplo porque está detenida, el procedimiento debe ser más rápido); la complejidad de la causa (las causas simples no necesitan de un plazo prolongado); la conducta del solicitante (cuando por ejemplo el acusado prolonga el procedimiento al presentar peticiones sin fundamento, etc.) y la conducta de las autoridades competentes (los periodos largos de inactividad de las autoridades que tramiten el procedimiento pueden contribuir, por ejemplo, a una prolongación irrazonable, pero la excesiva duración del procedimiento no puede atribuirse a las autoridades que adoptan las medidas en el plazo correspondiente, de modo tal que la duración del procedimiento se debe a circunstancias ajenas).

²⁴ TEDH, 29 de septiembre de 1987, *Poiss v. Austria*, 9816/82, § 50; TEDH, 19 de enero de 2010, *Bock v. Germany*, 22051/07, § 35.

²⁵ TEDH, 28 de junio de 1976, *König v. Germany*, 6232/73, § 98 en resumen.

²⁶ TEDH, *Poiss v. Austria*, § 50.

²⁷ TEDH, 26 de octubre de 1988, *Martins Moreira v. Portugal*, 11371/85, § 44; TEDH, 23 de marzo de 1994, *Silva Pontes v. Portugal*, 14940/89, § 33; TEDH, 26 de septiembre de 1996, *Di Pede v. Italy*, § 24.

²⁸ TEDH, 21 de abril de 1998, *Estima Jorge v. Portugal*, §§ 36-38.

²⁹ TJUE, 25 de enero de 2007, C-405/03 P y C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries Ltd and Nippon Steel Corp.*, ECLI: UE: C:2005:812, par. 116.

³⁰ TEDH, 6 de mayo de 1981, *Buchholz v. Germany*, § 49; TEDH, 27 de noviembre de 1991, *Kemache v. France*, Series A N. 218, § 27.

2.2 El principio de la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva constituye un derecho fundamental reconocido internacionalmente y por la mayoría de los ordenamientos, constituyendo además un elemento esencial de calidad en cualquier sistema democrático. Este derecho debe entenderse como un concepto complejo, que abarca varias características fundamentales entre las que se incluyen el acceso a la justicia, el derecho a un recurso efectivo y los principios del proceso equitativo y el debido proceso.

En 1986 el Tribunal de Justicia consagró el principio de la tutela judicial efectiva como «principio general» del Derecho de la Unión³¹. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TJUE afirmó nuevamente que: «ese principio es un principio general del Derecho de la Unión fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, que se consagra en los artículos 2 y 13 del CEDH [...] es importante, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que se tenga en cuenta la Carta»³².

El principio de la tutela judicial efectiva implica que los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los ciudadanos deben ir acompañados de recursos judiciales efectivos. El principio se aplica a todas las personas cuyos derechos y libertades estén garantizados tanto por los organismos de la Unión como por los organismos de los Estados Miembros que ejecutan el Derecho de la Unión: «los derechos fundamentales que se garantizan en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se aplican en cualquier situación que rija el Derecho de la Unión, excepto aquellas situaciones externas»³³.

El tenor literal del artículo 47 de la CDFUE debe ser contemplado a la luz del artículo 6(1) del TUE, tal como fue redactado por el Tratado de Lisboa, por lo que resulta un derecho vinculante que pertenece al derecho primario de la UE. El artículo 47 de la Carta se incluye en el capítulo relativo a la «Justicia» y establece el «Derecho a un recurso efectivo y un proceso equitativo». La primera parte del artículo 47 protege el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona siempre y cuando se hayan violado los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones relativas a los mismos por parte de un Estado miembro, sus instituciones o de cualquier particular. La segunda parte garantiza el dere-

³¹ TJUE, 15 de mayo de 1986, C-222/84, *Johnston*, ECLI: UE: C:1986:206, par. 18. Posteriormente se confirmó en la resolución del 15 de octubre de 1987, C-222/86, *Union nationale des entraineurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v. Georges Heylens and others*, ECLI: UE: C:1987:442; igualmente en la resolución del 7 de mayo de 1991, C-340/89, *Irene Vlassopoulou v. Ministerium fur Justiz*, ECLI: UE: C:1991:193.

³² TJUE, 22 de diciembre de 2010, C-279/09, *DEB*, ECLI: UE: C:2010:811, paras. 29-30.

³³ TJUE, 7 de mayo de 2013, C617/10, *ÅkerbergFransson*, ECLI: UE: C:2013:105, par. 19.

cho al proceso equitativo y los principios del debido proceso, entre los que se incluye el requisito del plazo razonable del procedimiento; mientras que la tercera parte establece el derecho a la defensa y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con el fin de garantizar un acceso efectivo a la justicia.

El ámbito de aplicación personal del artículo 47 de la CDFUE cubre a «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados». Eso significa que tanto las personas físicas como las jurídicas³⁴ pueden disfrutar de esta disposición, que comprende a cualquier persona cuyos derechos hayan sido violados, con independencia de si son o no ciudadanos de los Estados Miembros. El derecho a un recurso efectivo se aplica también de manera horizontal, según el TJUE, a los litigios entre personas físicas³⁵.

Los «derechos y libertades garantizados por Derecho de la Unión» no son solo los derechos contenidos en Carta, sino los que se establecen en los tratados, el Derecho derivado y las convenciones que ratifican la Unión Europea y/o los Estados Miembros. Incluye igualmente los derechos que garantizan los Estados Miembros, aunque, según lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta³⁶, solo cuando apliquen el Derecho de la Unión³⁷.

La «violación» de un derecho garantizado por el Derecho de la Unión debe entenderse a la luz del artículo 13 del CEDH. El TEDH establece que la alegación de la violación debe ser «defendible» («*arguable*»), sin que el Tribunal haya ofrecido una definición de este término. No obstante, ha señalado que «en el momento en que una persona alegue ser víctima de una violación de los derechos establecidos en la Convención, tiene derecho a presentar un recurso ante una autoridad nacional para que resuelva su alegación y si procede, obtenga una compensación»³⁸. La posibilidad de plantear un recurso debe examinarse a partir de los hechos y la naturaleza del asunto o asuntos legales que se planteen. Así por ejemplo, el Tribunal ha señalado que una reclamación no era

³⁴ Véase, p. ej., 5 de octubre de 1994, procedimiento C-280/93, *Federal Republic of Germany v. Council of the European Union*, par. 78; procedimientos del 10 de julio de 2003, C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd & Hydro Seafood GSP Ltd v. The Scottish Ministers*, par. 68.

³⁵ Por ejemplo, procedimiento C-231/96 *Edis* [1998] Rec. I-4951, pars 36, 37; Procedimiento 14/83 *Van Colson* [1984] Rec. 1891; C-177/88 *Dekker v. Stichting voor Jonge Volwassenen (VJV) Plus* [1990] Rec. I-3941.

³⁶ Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados Miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

³⁷ Véase TJUE, ÅkerbergFransson, pars. 19-22: «los derechos fundamentales que se garantizan en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se aplican en cualquier situación que rija el Derecho de la Unión, excepto aquellas situaciones externas». «La aplicabilidad del Derecho de la Unión conlleva la aplicabilidad de los derechos fundamentales que garantiza la Carta».

³⁸ TEDH, 26 de marzo de 1987, *Leander v. Sweden*, número del recurso 9248/81, par. 77.

defendible debido a que la prueba que se presentó no identificaba «ningún indicio de violación»³⁹.

El TEDH exige que el «recurso» permita a los organismos nacionales competentes tanto tratar el fondo de la alegación correspondiente como conceder la compensación adecuada. Según el TEDH, un recurso solamente es efectivo si está disponible y es suficiente. En este sentido, no sólo debe estar teóricamente a disposición del ciudadano, sino también en la práctica⁴⁰, e igualmente su efectividad debe comprobarse también en el doble plano práctico y teórico (41). La efectividad del recurso no depende, sin embargo, de la certeza de un resultado favorable en el procedimiento para la persona interesada (42). A la hora de evaluar la efectividad de un recurso, han de tenerse en cuenta los recursos formales disponibles, el contexto general jurídico y político en el que surten efecto y las circunstancias personales del solicitante⁴³.

Los tribunales nacionales y de la Unión Europea son los encargados de garantizar la existencia de una tutela judicial efectiva. Según el TJUE, los tratados han «creado un sistema completo de recursos legales»⁴⁴. Esta expresión, sin embargo, no significa tal como se recoge en las Explicaciones de la Carta, que el artículo 47 tenga por objeto cambiar el sistema de control jurisdiccional que establecen los tratados o las normas relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con los artículos 251 y 281 del TFUE, y concretamente el artículo 263 (4).

De este modo, el TJUE ha señalado que «corresponde a los Estados Miembros, y en especial, a los tribunales, interpretar y aplicar las normas procesales nacionales que rigen la interposición de acciones judiciales, de manera tal que permitan a las personas físicas y jurídicas recurrir ante los tribunales la legalidad de cualquier decisión o medida nacional relativa a la elaboración de un acto de la Unión Europea o a su aplicación y solicitar una compensación por cualquier pérdida que hayan sufrido»⁴⁵. La obligación de garantizar los

³⁹ TEDH, 25 de octubre de 2005, *Hüsnüye Tekin v. Turkey*, número del recurso 50971/99.

⁴⁰ TEDH, 10 de septiembre de 2010, *McFarlane v. Ireland*, número del recurso 31333/06, par. 114; TEDH, 29 de marzo de 2006, *Riccardi Pizzati v. Italy*, número del recurso 62361/00, par. 38.

⁴¹ Véase TEDH, 26 de octubre de 2000, *Kudla v. Poland*, número del recurso 30210/96, par. 152.

⁴² Véase TEDH, *Kudla v. Poland*, par. 157.

⁴³ TEDH, 24 de julio de 2012, *Dorđević v. Croatia*, número del recurso 41526/10, par. 101; TEDH, 16 de septiembre de 1996, *Akdivar and Others v. Turkey*, §§ 65-68, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, TEDH, 6 de noviembre de 1980, *Van Oosterwijck v. Belgium*, número del recurso 7654/76, pars. 36-40.

⁴⁴ TJUE, 25 de julio de 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, ECLI: UE: C:2002:462, par. 40.

⁴⁵ TJUE, 27 de febrero de 2007, C-355/04 P, *Segi, Araitz Zubimendilzaga and Aritz Galarraga*, ECLI: UE: C:2007:116, par. 56.

derechos establecidos por el ordenamiento de la UE no implica por ello necesariamente que los Estados Miembros estén obligados a establecer nuevos recursos ante los tribunales nacionales⁴⁶. Esto último sólo resultará necesario cuando «la estructura del sistema jurídico nacional fuera tal que no hubiera ningún recurso que garantizara, incluso de forma indirecta, el respeto de los derechos de las personas que derivan del Derecho de la Unión, o si la única vía de acceso al tribunal disponible para las partes les obligara a actuar de forma ilícita»⁴⁷.

3. CUESTIONES ESPECÍFICAS

Como se ha mencionado anteriormente, el principio del recurso efectivo solo protege los derechos que confiere el Derecho de la Unión a una persona. El TJUE permite ciertas restricciones de los derechos «siempre y cuando esas restricciones se correspondan con los objetivos de interés general que persigue la medida en cuestión y que no implique, de acuerdo con los objetivos que se persiguen, ninguna injerencia desproporcionada o intolerable que infrinja las bases de los derechos que se garantizan»⁴⁸.

Además, tal y como se ha indicado, en la jurisprudencia del TJUE, el principio del recurso efectivo no garantiza el derecho a recurrir. Tal como ha señalado el Tribunal: «el principio a la tutela judicial efectiva otorga a la persona el derecho a tener acceso al tribunal, pero no a ciertos niveles de jurisdicción»⁴⁹.

Sección II. Dimensión comparada

1. INTRODUCCIÓN

Como se ha mencionado en la primera parte, el derecho a un proceso equitativo es un principio general del Derecho de la Unión («toda persona tiene el derecho a un proceso equitativo») compuesto por varios elementos. En

⁴⁶ TJUE, 13 de marzo de 2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI: UE: C:2007:163, par. 40.

⁴⁷ TJUE, 3 de octubre de 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others*, ECLI: UE: C:2013:625, par. 103.

⁴⁸ TJUE, 15 de junio de 2006, C-28/05, *Dokter and Others*, ECLI: UE: C:2006:408, par. 75; TJUE, *Alassini and Others*, C-317/08 a C-320/08, ECLI: UE: C:2010:146, par. 63; TJUE, 23 de septiembre de 2013, C-418/11, *Texdata*, ECLI: UE: C:2013:588, par. 84.

⁴⁹ TJUE, 28 de julio de 2011, C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI: UE: C:2011:524, par. 69.

lo que concierne a la autoridad judicial exige que el caso sea examinado por el órgano competente de manera equitativa. El principio está actualmente consagrado en el artículo 47 de la Carta. Según consta en las Explicaciones de la Carta, la definición y el ámbito de aplicación de este principio del Derecho de la Unión provienen del artículo 6 (1) del CEDH.

Los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros que hemos tenido en cuenta en este estudio, aunque pertenecen a familias jurídicas diferentes, son sorprendentemente similares con respecto al principio del proceso justo, en lo que concierne a las características de la autoridad judicial. Su contenido está establecido en todos los Estados Miembros de la Unión Europea que se han examinado. El estudio muestra que en general los Estados Miembros ejecutan adecuada y rigurosamente el principio, tal como lo han establecido los tribunales europeos, y que éste constituye uno de los principios fundamentales de los respectivos sistemas de Derecho penal consagrados constitucionalmente. El principio del proceso equitativo tiene rango constitucional y aparece en las constituciones de los países de derecho civil como Alemania, Italia, España y Polonia.

En Alemania, en lo relativo de proceso equitativo relativo a las características de la autoridad judicial presenta gran similitud con lo que hemos visto a escala europea. En concreto, requiere: un tribunal establecido previamente por la ley, la independencia del tribunal tanto externa como interna; el principio de la audiencia equitativa y pública que incluye el derecho a una decisión motivada y el derecho a la información; el derecho a una audiencia pública en un plazo razonable ante el tribunal y que ha de emitir una declaración pública sobre su resolución. La mayoría de estos principios se consagran de manera explícita en la Constitución alemana o pueden deducirse de la misma (p.ej. la independencia de los jueces está flanqueada por las disposiciones relativas al estado legal y la recusación de los mismos, la prohibición de tribunales extraordinarios, el derecho a un juez predeterminado y el derecho a ser oído). En Italia, el principio del proceso equitativo como principio constitucional se consolidó y amplió mediante la incorporación directa del artículo 6 del CEDH. En el ordenamiento jurídico español, el derecho a un proceso equitativo tiene la condición de derecho fundamental, al igual que en Polonia, cuya constitución en su artículo 45 lo consagra del siguiente modo: «Toda persona tiene derecho a una audiencia equitativa y pública, sin dilaciones indebidas, ante un tribunal competente, imparcial e independiente». En el ordenamiento jurídico francés, el principio del proceso equitativo aparece en el Código de procedimiento penal (art. 1) que establece lo siguiente: «El procedimiento penal deberá ser

equitativo y contradictorio, así como preservar el equilibrio de los derechos de las partes».

En los países donde la constitución tiene menos importancia (Dinamarca) o no existe una constitución escrita (Reino Unido), se aprecia que el derecho a un proceso equitativo se considera, al menos, un principio fundamental. En el Reino Unido, la Ley de Derechos Humanos en su artículo 3(1) indica lo siguiente: «En lo posible, la legislación básica y el Derecho derivado se deberán interpretar y aplicar de forma que sean compatibles con los derechos del Convenio». Además, de conformidad con la Ley de derechos humanos, determinados tribunales tienen el poder de declarar que una disposición legal es incompatible con las disposiciones del Convenio. Dinamarca ha ratificado e implementado a partir de 1992 el CEDH, que es de aplicación directa al igual que la mayoría de sus protocolos. Por ello los principios del proceso equitativo en el CEDH son fundamentales para los tribunales daneses y se aplican al procedimiento penal y a cualquier otro tipo de procedimiento.

Al igual que ocurre con el derecho a un proceso equitativo, también la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 47.1 de la Carta, cuyo párrafo primero concuerda con el artículo 13 del CEDH⁵⁰, en tiene rango constitucional en la mayoría de los Estados Miembros que se han estudiado (Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia y Polonia). En el Reino Unido, este derecho como tal no existe, aunque puede encontrar una equivalencia en el principio del «control jurisdiccional» y en el «derecho a tener acceso al tribunal», ambos con rango constitucional.

2. TENDENCIAS COMUNES

2.1 Tribunal independiente e imparcial establecido previamente por la ley

En lo que concierne a la existencia de un órgano de naturaleza judicial, los principales problemas que se encuentran tanto en la teoría y como, sobre todo, en la práctica son: (i) la definición de que se entiende precisamente por juez; (ii) las garantías constitucionales para el funcionamiento del poder judicial; (iii) el reclutamiento y la selección de los jueces; (iv) el ascenso y la

⁵⁰ «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». Algunos sostienen que el derecho a tutela judicial en la EU es más amplio que en consagrado en la Carta. Vid. 222/84 Johnston (1986) ECR 1651, ECJ de 15 de mayo de 1986.

destitución de los jueces; (v) el respeto *de facto* de cada poder al resto, que debe asociarse a la autorrestricción en relación a su propia actuación.

Tal y como se indicó en la primera parte, la existencia de un órgano judicial requiere de tres características, que en algunos casos se sobreponen: tribunal «establecido por la ley»⁵¹; tribunal «independiente»⁵²; tribunal «imparcial»⁵³. Los requisitos de «imparcialidad», «independencia» y «establecimiento por ley» solo se aplican a los organismos judiciales. Por ello cuando la decisión proviene de un organismo profesional, disciplinario o ejecutivo que no cumple con los requisitos anteriores, el artículo 6 del Convenio exige facilitarle una revisión judicial completa sobre las cuestiones de hecho y de derecho⁵⁴. La policía o las autoridades de persecución no necesitan ser imparciales, independientes o estar establecidas legalmente. Sin embargo, estas características son de aplicación cuando se opta dentro de un sistema penal por la figura del juez de instrucción⁵⁵. Aunque estos requisitos sólo se exigen al juez, en el momento en que un asistente judicial lleve a cabo funciones importantes y pueda ser considerado magistrado *de facto*, su interés personal en la resolución de la causa puede afectar a la imparcialidad del tribunal⁵⁶.

2.1.1 EL TRIBUNAL ESTABLECIDO PREVIAMENTE POR LA LEY

El punto de partida en este punto radica en la necesidad de que el órgano judicial defina los asuntos que son de su competencia con sujeción a la ley⁵⁷, lo que implica la ausencia de un poder discrecional similar al del ejecutivo⁵⁸. El órgano debe ser parte del sistema judicial ordinario, aunque el hecho de que cumpla otras funciones además de la judicial no le sitúa necesariamente fuera de la noción de «tribunal»⁵⁹. El concepto «establecido por la ley» garantiza que la organización judicial no depende de la discreción del poder ejecutivo, sino que se regula a través de normas que emanan del parlamento. No es necesario que los miembros de un órgano judicial sean necesariamente abogados o ma-

⁵¹ TEDH, 30 de noviembre de 1987, *H. v. Belgium*, número del recurso 8950/80.

⁵² TEDH, 28 de junio de 1984, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, número del recurso 7819/77.

⁵³ TEDH, 26 de octubre de 1984, *Piersack v. Belgium*, número del recurso 8692/79.

⁵⁴ TEDH, 27 de septiembre de 2011, *A. Menarini Diagnostics S. R. L. v. Italy*, número del recurso 43509/08.

⁵⁵ TEDH, 6 de enero de 2010, *Vera Fernandez-Huidobro v. Spain*, número del recurso 74181/01.

⁵⁶ TEDH, 21 de junio de 2011, *Bellizzi v. Malta*, número del recurso 46575/09.

⁵⁷ TEDH, 29 de abril de 1988, *Belilos v. Switzerland*, número del recurso 10328/83.

⁵⁸ TEDH, 28 de noviembre de 2002, *Lavents v. Latvia*, número del recurso 58442/00.

⁵⁹ TEDH, 30 de noviembre de 1987, *H. v. Belgium*, número del recurso 8950/80.

gistrados⁶⁰. La existencia de un órgano judicial exige que éste tome decisiones vinculantes⁶¹, y no se limite a asesorar u opinar, incluso cuando sus opiniones se sigan en la práctica.

Este aspecto del principio del proceso equitativo se cumple en todos los Estados Miembros de la Unión Europea que se han estudiado. Todos los países que se han examinado requieren de un organismo establecido por la ley, pese a que existen algunas diferencias procedentes de las distintas estructuras de los sistemas de administración de justicia nacionales. En Polonia (art. 41 de la Constitución) y en España, este derecho tiene rango constitucional (art. 24.2 de la Constitución española, y también el artículo 117.6 de la Constitución que prohíbe los tribunales especiales). En el Reino Unido, el concepto de «tribunal establecido por la ley» conlleva también la figura del jurado⁶². En Alemania, este principio aparece en el artículo 10.1, párrafo 1, de la Ley Fundamental. Sin embargo, la garantía constitucional alemana se establece de un modo más estricto y con mayor alcance. Según el régimen alemán, el legislador está obligado, por ejemplo, a determinar la competencia material, local e institucional de los tribunales; además, se exige que se establezcan tribunales de distrito/circunscripción y que cada año se publique el plan de asignación. Por tanto, se excluye en mayor o menor medida el poder discrecional de predeterminación de tribunales y jueces.

Pese a esta amplia coincidencia, algunos sistemas, como por ejemplo el danés, permiten que órganos no judiciales como fiscales, agentes de policía u otros organismos traten causas menores, en las que imponen multas. Este hecho no se considera contrario a la Carta ni al CEDH.

2.1.2 INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Todos los Estados Miembros estudiados garantizan la independencia e imparcialidad de los tribunales y el poder judicial. Polonia incluyó una serie de garantías sobre la independencia del poder judicial en la Constitución vigente. El sistema político se fundó en el principio de separación y equilibrio del poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial (art. 10 de la Constitución). Además, el artículo 173 de la Constitución destaca el estado de separación del poder judicial y su independencia con respecto a los otros poderes. El

⁶⁰ TEDH, 23 de abril de 1987, *Ettl v. Austria*, número del recurso 9273/81.

⁶¹ TEDH, 22 de octubre de 1984, *Sramek v. Austria*, número del recurso 8790/79.

⁶² *Mushtaq R v. Mushtaq* [2005] UKHL 25, en [19].

principio de separación de poderes se elaboró con mayor detalle en las disposiciones de la Constitución sobre el nombramiento de los jueces por tiempo indefinido (art. 179), la irrevocabilidad e inamovilidad de los jueces (art. 180), el derecho a una remuneración acorde a la dignidad de su cargo (art. 178) y la inmunidad judicial (art. 181). Estas garantías sobre la independencia del poder judicial y los tribunales, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, se consideran suficientes para garantizar la independencia efectiva del poder judicial.

La independencia judicial en Alemania no se concibe como una garantía del ciudadano y no como un privilegio del poder judicial. El objetivo del principio de la independencia del poder judicial consiste en protegerle de injerencias externas para someterlo al imperio de la ley. De este modo, cualquier ciudadano que reclama justicia puede conseguirla incluso cuando el ejecutivo tiene algún interés en la resolución del procedimiento o incluso es una de las partes. La legislación alemana regula dos aspectos de la independencia: la independencia en la toma de decisiones judiciales y la independencia personal de los jueces profesionales.

El poder judicial italiano tiene una serie de peculiaridades que hacen que sea diferente con respecto a otros sistemas de justicia europeos. Concretamente, en el sistema de justicia italiano, los fiscales forman parte del poder judicial y no del poder ejecutivo. Tanto los jueces como los fiscales forman parte de la *magistratura* y al ser miembros del mismo órgano reciben el nombre de *judicatura* (*magistrati*). En el sistema judicial italiano todos los juicios deben llevarse a cabo en presencia de ambas partes, en condiciones de igualdad y ante un juez imparcial que actúa como tercera parte y debe resolver en un plazo razonable. La Constitución italiana establece que la competencia se determina a través de un procedimiento que ha de ser regulado legalmente (art. 111, párrafo 1, de la Constitución), de este modo es el parlamento, y no un órgano administrativo o judicial, quien debe abordar cualquier asunto relativo al proceso penal. Los redactores de la Constitución italiana prestaron especial atención a la autonomía e independencia del poder judicial (arts. 101-104). Los jueces ordinarios y los fiscales forman parte de un «órgano autónomo, independiente del resto de poderes», el Consejo Superior de la Magistratura, que es el órgano de gobierno (autogobierno) de los jueces y resulta competente en la carrera de todos los jueces y fiscales (art. 105). De acuerdo con la Constitución, el poder judicial es un órgano autónomo e independiente de los poderes

legislativo y ejecutivo (art. 104)⁶³: su autonomía hace referencia a su organización. El poder judicial es autónomo con respecto al poder ejecutivo y el poder legislativo, por ello los jueces están sujetos solo a la ley (art. 101). La independencia de este órgano concierne sólo a los aspectos relativos al funcionamiento de la administración de justicia, porque la independencia de cada autoridad judicial deriva de su sujeción en exclusiva a la ley. Esta afirmación consagra el que la función jurisdiccional deriva de la soberanía popular.

En España, el derecho a un proceso equitativo conlleva que sea el parlamento y no el poder ejecutivo quien establezca por ley las competencias de cada juez y tribunal del sistema judicial. Su objetivo es evitar la intromisión del poder ejecutivo. Por esta razón, el desarrollo y la concreción de las disposiciones de la ley no recaen en manos del poder ejecutivo sino en manos de la capacidad de autorregulación interna de los organismos judiciales, a través del Consejo General del Poder Judicial. El derecho al juez predeterminado por la ley comprende también por ello la aplicación de estas normas procedentes de la autorregulación. De este modo, las normas internas que determinan la asignación de las causas entre los tribunales o aquellas que determinan los jueces que formarán parte de cada tribunal son de gran importancia. En caso de que haya varios tribunales del mismo tipo o nivel y en caso de que haya varias secciones dentro de un tribunal, las normas de reparto internas deben cumplir con este principio. En la práctica no resulta del todo infrecuente el intentar alterar las normas de asignación con el fin de intentar que se asigne un juez determinado o una sección dentro de un tribunal. Igualmente se establece en estas normas qué juez es ponente en un determinado procedimiento. En el ordenamiento español la imparcialidad es un derecho fundamental, que requiere tanto una imparcialidad objetiva como subjetiva. La independencia de los jueces también se garantiza a través del régimen de incompatibilidades e inamovilidad (arts. 117.2 de la Constitución española y 15 de la LOPJ), que constituye el derecho de los jueces a no ser separados, suspendidos ni jubilados por ninguna causa y estar protegidos por las garantías que establece la ley. A diferencia de lo que hemos visto en Italia, en España jueces y tribunales pertenecen a órganos diferentes, al igual que ocurre en Francia, donde exista también una separación entre el ministerio fiscal y los organismos jurisdiccionales.

⁶³ Se tiene que tener en cuenta que Italia es un país de derecho civil. En el sistema italiano, la ley parlamentaria es la única que puede regular los asuntos relativos a la responsabilidad penal. La regulación gubernamental solamente cumple la función de especificar el contenido del concepto que describe el delito (por ejemplo, la lista de sustancias calificadas como «drogas» a la hora de probar el delito en la que dicho concepto es un elemento constitutivo).

En el Reino Unido, el derecho consuetudinario establece requisitos similares al artículo 6 del CEDH en lo concerniente al tribunal independiente e imparcial⁶⁴. No obstante, sólo a partir de 2005 cuando se promulgó la Ley de Reforma Constitucional, el Tribunal Supremo se separó formalmente de la Cámara de los Lores. No es de extrañar, por tanto, que distintas disposiciones de esta ley se dirijan a fortalecer la independencia del poder judicial, sobre todo en su vertiente externa. En cuanto a la independencia interna de los tribunales, existen diferentes normas que permiten la recusación del juez basadas en la regla de justicia natural según la cual un juez no debe ser tendencioso⁶⁵.

En comparación con el resto de sistemas, los procedimientos de los tribunales daneses se caracterizan por su simplicidad y la ausencia de formalidades. Las formalidades se abordan siempre de una manera práctica con el fin de buscar resultados razonables. Así, por ejemplo, en materia penal las Secciones 925 y 936 de la Ley sobre la administración de justicia señala que los errores de procedimiento en los tribunales locales solo conducen a una anulación si la observancia de la norma hubiera llevado a otro resultado⁶⁶. Al no existir en Dinamarca justicia constitucional son los tribunales ordinarios los que salvaguardan los derechos del acusado durante el procedimiento. El control resulta implícito en la organización jerárquica de la policía y el ministerio fiscal, que están encabezados en ambos casos por el Ministerio de Justicia. En cuanto a la independencia de los tribunales, existen jueces imparciales cuando un juez resulta involucrado en el caso antes del juicio.

2.2. Audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable

2.2.1 AUDIENCIA EQUITATIVA Y PÚBLICA

El principio del proceso justo comprende el requisito de celebrar una audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable. La audiencia equitativa y pública conlleva una audiencia pública ante un juez o tribunal, el derecho del acusado a que se dicte una resolución fundamentada y una declaración pública de la sentencia, además de ser informado. Por lo general todos los Estados Miembros que se han estudiado respetan estas garantías, si bien la

⁶⁴ D. ORMEROD, D. PERRY, *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, 2016, p. 148.

⁶⁵ D. ORMEROD, D. PERRY, *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1329.

⁶⁶ V. GREVE, K. CORNLS, *Studies in Danish Criminal Law*, DJOEF Publishing, p. 37.

audiencia pública se aplica generalmente a la fase de juicio oral, limitándose en la fase de instrucción.

Por ejemplo, en España durante la investigación, solamente las partes tienen el derecho a asistir al procedimiento y tener acceso a la documentación, a menos que sea confidencial. Sin embargo, en el juicio oral, la publicidad es absoluta y su incumplimiento constituye una causa de nulidad. Del mismo modo, en Alemania, Italia y Polonia (art. 355 del Código de Procedimiento civil polaco) las audiencias ante el tribunal correspondientes son públicas, aunque este principio admite restricción en relación a menores de edad. En Polonia, los procedimientos penales contra menores nunca son públicos, incluido el anuncio de la resolución del tribunal que tiene lugar a puerta cerrada.

Existen excepciones a la norma general de publicidad de las audiencias, que están fundamentadas en otros valores y derechos de rango constitucional, como el derecho a la privacidad o la seguridad nacional. Este es, por ejemplo, el caso de Alemania donde existen excepciones al principio de audiencia pública para proteger al acusado en causas en las que en lugar de la pena o además de la pena éste debe ingresar en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación. Existen también restricciones basados en la protección de la víctima, cuando van a revelarse datos que afectan a su intimidad. Igualmente a través de un juicio de ponderación, puede restringirse la audiencia pública cuando se consideran preponderantes la seguridad nacional u orden público. También pueden existir restricciones basadas en la protección de intereses personales, como la vida, la integridad física o la libertad de los testigos; la protección de negocios importantes o el secreto bancario o comercial; la revelación de secretos cuya divulgación puede constituir un delito de revelación de secretos (§ 203 del Código penal) o cuando, finalmente, se da audiencia a personas menores de 18 años. Igualmente aunque la parte ejecutiva de la resolución debe siempre pronunciarse públicamente, la argumentación jurídica o una parte de la misma pueda excluirse por las razones mencionadas anteriormente (art. 173 de la Ley de la Constitución de Tribunales).

La parte resolutive de las sentencias debe sin embargo ser siempre pronunciada públicamente. Mientras que esta publicidad no afecta a los razonamientos de la decisión o a partes de la misma, donde puede excluirse por razones similares a las que acaban de indicarse (art. 173 de la Ley de Constitución de los Tribunales).

La legislación polaca tiene también excepciones similares previstas en el art. 360 del CCP).

El principio de que los procedimientos penales tienen que llevarse a cabo en audiencias públicas forma parte también de la tradición de la legislación

penal inglesa. Según las Normas de Procedimiento Penal, como norma general «el juicio debe ser público»⁶⁷, aunque existen excepciones. Lord Diplock en una de las resoluciones más importantes en este punto estableció los siguientes principios⁶⁸: «a) La norma general es que el procedimiento penal se celebre públicamente. b) A pesar de ello, los tribunales tienen el poder de exigir que se excluya al público. c) El ejercicio del poder, común a cualquier otra derogación de los principios de la audiencia pública, deberá corresponderse estrictamente con las causas en las que la presencia del público «impida o haga que la administración de justicia no se pueda practicar»⁶⁹. En otro caso importante, relacionado con un supuesto de terrorismo⁷⁰, se establecieron los siguientes principios tras el recurso planteado por una de las partes:

«El Estado de derecho es un instrumento inestimable de nuestro país y la base de nuestra Constitución. Un aspecto del Estado de derecho, un sello y una garantía, es la audiencia pública en la celebración de juicios penales y la publicación de los nombres de los investigados. La audiencia pública es tanto un principio fundamental del derecho consuetudinario inglés como un medio que asegura la confianza de la sociedad en nuestro ordenamiento jurídico; las excepciones son poco comunes y se deberán justificar en base a los hechos. Cualquier excepción deberá ser necesaria y proporcionada. No se tolerará ningún tipo de desviación respecto de la audiencia pública.»

La necesidad de limitar a lo necesario la audiencia pública se encuentra en otras decisiones judiciales. Así, por ejemplo, se niega que un juicio pueda celebrarse en privado o a «puerta cerrada» por el mero hecho de que «teniendo en cuenta la naturaleza de las pruebas propuestas por el testigo, le resulte incómodo declarar públicamente»⁷¹. Incluso cuando se invoca la seguridad de un testigo o una parte, el tribunal debe considerar cuidadosamente si existen otras medidas menos drásticas a la celebración del juicio a «puerta cerrada». La *Divisional Court* ha confirmado igualmente que solo en circunstancias excepcionales puede prescindirse de la norma que obliga a que la justicia debe administrarse públicamente⁷². La celebración de un juicio a puerta cerrada constituye el último recurso, lo que exige de los jueces estudiar cómo evitarlo [p.ej. mediante una orden del tribunal (*Contempt Court*) con el fin de proteger la

⁶⁷ Norma 25.2 (Crown Court) y Norma 24.2 (Magistrates' Court).

⁶⁸ *A-G v. Levenson Magazine Ltd* [1979] AC 440.

⁶⁹ D. ORMEROD, D. PERRY, *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1365.

⁷⁰ *Re Guardian News and Media Ltd* [2015] 1 recurso penal de apelación 36 (4).

⁷¹ *Malvern Justices ex parte Evans* [1988] QB 540.

⁷² *Reigate Justices ex parte Argus Newspapers* (1983) 5 recurso penal de apelación (S) 181.

identidad de la persona acusada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de órdenes de tribunales]⁷³.

2.2.2 PLAZO RAZONABLE

En cuanto a la «obligación europea» de que la audiencia de una causa debe celebrarse dentro de un plazo razonable, la doctrina alemana distingue entre dos elementos: el principio del proceso rápido y el principio de concentración. El principio del proceso rápido hace referencia a la obligación pública que requiere que éste se desarrolle con rapidez con el fin de: (a) informar con prontitud al investigado sobre los cargos que pesan sobre él y (b) evitar dificultades probatorias que se deriven del paso del tiempo. En la eficacia de este principio existe un interés mutuo del acusado (interés individual) y de la justicia (interés público). La determinación de lo que se considere como «plazo razonable» debe evaluarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular, teniendo en cuenta que éste se refiere a la totalidad del procedimiento, y no sólo a una de sus fases. En esta evaluación deben tenerse en cuenta por ello tanto las posibles cuestiones prejudiciales ante el TJUE como los recursos ante el Tribunal Constitucional Federal. El retraso que no provenga de las autoridades del Estado, sino de terceras partes, en concreto el propio acusado o su abogado, no afecta a la «irracionalidad» del plazo.

El principio de concentración constituye un corolario importante del derecho a un juicio rápido, que también existe en el Derecho polaco. Hace referencia a aspectos relativos a la gestión del juicio, partiendo de la idea de que constituye un conjunto homogéneo. Un juicio concentrado propicia la búsqueda de la verdad y requiere que las pruebas se presentan de manera oral y directa y que las partes estén continuamente presentes. El Tribunal Federal de Justicia alemán señala igualmente que los procedimientos deben ser continuos, con el fin de que los jueces tengan una impresión reciente y directa de todos los factores que respaldan sus decisiones.

La necesidad de que la audiencia tenga lugar dentro de un plazo razonable, que existe en Italia, es también una manifestación de este principio. El objetivo del legislador italiano consistirá en garantizar que las personas acusadas no estén sometidas a un proceso penal durante un periodo excesivo de

⁷³ D. ORMEROD, D. PERRY, *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1365.

tiempo. La ley debe definir en relación a cada procedimiento que es un límite razonable de tiempo⁷⁴.

La misma situación la encontramos en España y Francia. El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas constituye un derecho fundamental, siendo de relieve los siguientes aspectos: la complejidad del proceso, el periodo medio del procedimiento durante el mismo plazo; la conducta de las partes, dependiendo de si pueden ser considerados responsables del retraso; las consecuencias que el retraso tiene para las partes; las fuentes de las que dispone el tribunal o el juez que lleva a cabo el procedimiento; la reclamación previa de la persona afectada por el incumplimiento.

En el Reino Unido existen resoluciones del siguiente tenor⁷⁵:

«el recurrente fue arrestado, interrogado, dándose posteriormente a la fuga Inglaterra, aunque no se emitió un orden de comparecer ante la autoridad (*sheriff*) dos años después en Escocia, el Consejo Privado señaló que el requisito del plazo razonable se debió interpretar ampliamente con tal de proporcionar garantías prácticas y efectivas. El concepto «cargo» debía entenderse, teniendo en cuenta el fondo del procedimiento en cuestión antes que su apariencia, como se desprende de la notificación oficial emitida por la autoridad competente indicando que había cometido un hecho delictivo, es decir desde el momento en que fue alertado oficialmente acerca de la probabilidad de que existiera un procedimiento penal contra él»⁷⁶.

2.3 El principio de la tutela judicial efectiva

Esta garantía constitucional se efectúa en Dinamarca a través de un gran número de disposiciones legales que brindan explícitamente a los ciudadanos la posibilidad de impugnar cualquier medida ilegal de los organismos públicos ante un tribunal independiente e imparcial. Por lo tanto, las decisiones que la policía tome durante la investigación y sean contrarias a los intereses de la defensa pueden ser objeto de recurso (art. 746 de la Ley de Administración de la Justicia danesa). De este modo, la situación actual cumple con las exigencias establecidas tanto por el CEDH como por la CEDF.

En Francia existe también el derecho de que cualquier persona objeto de investigación penal puede recurrir cualquier decisión ante un juez. Desde el

⁷⁴ Tribunal Constitucional de Italia, número de la resolución 208/2001 y 370/2002.

⁷⁵ *Burns v. HM Advocate* [2009] 1 AC 720.

⁷⁶ D. ORMEROD, D. PERRY, *Blackstone's Criminal Practice*, pp. 152-153.

año 2000, es posible también que la persona condenada por un «*crime*» (delito grave) tenga derecho a la segunda instancia, lo que antes esta fecha no era posible en los delitos menores: «Toda persona condenada tiene el derecho a que un segundo tribunal examine su condena». El derecho a que una persona privada de libertad tenga acceso a un juez aparece se establece del siguiente modo: «Las medidas coercitivas a las que una persona pueda estar sujeta se adoptaran por o en conformidad con el control efectivo de la autoridad judicial». El artículo 66 de la Constitución de 1958 señala igualmente que: «Nadie deberá ser detenido de manera arbitraria. La autoridad judicial, organismo que vela por la libertad del individuo, garantizará el cumplimiento de este principio mediante los requisitos establecidos en la ley»). En el procedimiento penal francés, la privación de libertad se controla por el fiscal, que según la jurisprudencia del TEDH no es una autoridad judicial⁷⁷, por la Sala de lo penal de la Corte de Casación durante las primeras 48 horas⁷⁸ y después por un juez.

El ordenamiento alemán proporciona también la posibilidad de recursos ante los tribunales contra aquellas medidas de las autoridades del Estado que infrinjan los derechos básicos (*Rechtsschutzgarantie*). Esta garantía se refiere únicamente al procedimiento formal y no a aspectos materiales. Se aplica tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas nacionales, discutiéndose si es de aplicación a personas jurídicas extranjeras. El concepto de «medidas de la autoridad del Estado» comprende básicamente todas las medidas que tome el poder ejecutivo.

El *Rechtsschutzgarantie* comprende también la eficacia de los recursos legales. La tutela judicial efectiva significa que el derecho procesal permite la revisión de los actos de la autoridad del Estado de la forma más rápida y menos compleja posible, incluyendo la existencia de un control judicial real sobre los actos ejecutivos. De todo esto, lógicamente, se desprenden una serie de implicaciones para la competencia legal y fáctica de los jueces, que afectan también a su poder para remediar la posible violación de derechos. Aunque son las leyes procesales las que deben establecer esta serie de garantías, ha sido la jurisprudencia la que ha acabado por establecer los detalles del control judi-

⁷⁷ CEDH, 10 de julio de 2008, *Medvedyev v. France*; Grand Chamber, 29 de marzo de 2010, *Medvedyev v. France*; CEDH, 23 de noviembre de 2010, *Moulin v. France*: «124. La autoridad judicial deberá ofrecer las garantías de independencia que exijan el poder ejecutivo y las partes, lo que impide la intervención consecuyente en nombre del ministerio fiscal en los procedimientos penales» (caso *Medvedyev*, 2010)

⁷⁸ Crim., 15 de diciembre de 2010, *Bull. crim.*, n. 2017: «los miembros del Ministerio público no presentan las garantías de imparcialidad requeridas por la autoridad judicial en el sentido del art. 5 §3 de la Convención Europea de los Derechos del hombre». En contra sin embargo el Conseil constitutionnel, n. 93-326 DC: para quien la autoridad judicial «l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet».

cial. El artículo 19.4 de la Constitución alemana establece el acceso a la justicia, pero no determinar la intensidad del control judicial, ni su rigurosidad. Por regla general, la jurisprudencia señala que los actos del ejecutivo deben poder revisarse tanto en lo que concierne a su legalidad como a sus hechos. Esto último implica que los jueces no están vinculados por los hechos tal como los ha establecido el ejecutivo, ni su valoración legal. Es más, el control judicial incluye el deber de los jueces y tribunal de examinar los hechos por iniciativa propia o *ex officio*⁷⁹. La jurisprudencia alemana es muy restrictiva a la hora de restringir esta facultad procedente del «principio del control absoluto». Lo anterior no constituye solamente una pauta general de actuación del sistema judicial, sino un examen efectivo del caso, tanto en lo que se refiere a los hechos como a la legislación aplicable. Por esta razón, incluso cuando la medida de la autoridad no afecta ya a ninguna persona (p. ej. el registro del domicilio ha concluido), existe el derecho a una revisión judicial⁸⁰.

Generalmente, la doctrina alemana asume que es necesario estructurar, configurar y dar forma a la *Rechtsschutzgarantie* a través del derecho procesal, lo que significa establecer condiciones y requisitos que concreten el acceso a la justicia, lo que supone de manera inevitable la restricción de la garantía. El TCF, en este punto, requiere que las restricciones estén en conformidad con el Estado de derecho y especialmente con el principio de proporcionalidad. La estructura y configuración de las normas procesales no deben impedir el acceso a la justicia de forma inapropiada e injustificada (mediante razones fundadas)⁸¹.

Al igual que hace el TEDH, el Tribunal Constitucional Federal somete a un examen de proporcionalidad los límites del derecho al acceso a la justicia, lo que permite introducir normas sobre plazos o preclusión, o la imposición de tasas, si bien el Tribunal Constitucional solicita a los tribunales que no interpreten con demasiado rigor los obstáculos procesales para el acceso a la justicia. El individuo debe siempre estar en situación de ejercer sus derechos, sin que esta posibilidad pueda limitarse de manera no razonable.

El TCF, al igual que el TEDH, ha determinado en su jurisprudencia que el artículo 19.4 de la Constitución que establece el acceso a la justicia, no requiere de la existencia necesariamente de varias instancias judiciales, si bien, cuando el legislador las establece el artículo 19.4 garantiza el acceso a todas ellas.

⁷⁹ Véase Brabenwarter/Pabel, en: Dörr/Grote/Maeauhn (eds.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2nd ed., Kap. 14, mn. 84 et seq.

⁸⁰ Tribunal Constitucional Federal, informes oficiales de las causas, BVerfGE 96, 27.

⁸¹ BVerfGE 10, 264 (268); 112, 185.

Debe advertirse, que hasta su resolución de 30.5.2003, el TCF consideraba que la garantía al control judicial contenida en el artículo 19.4 de la Constitución no incluía a las decisiones del poder judicial. Sólo tras su resolución de 30 de mayo de 2003 se produce cambio de jurisprudencia, considerando por ejemplo que debe existir control judicial cuando en una primera instancia se infringen derechos, como el derecho a ser oído⁸². Este derecho no lo fundamenta el TFC el artículo 19.4 de la Constitución, sino en un principio básico del Estado de derecho como es la pretensión de una garantía de justicia (*Justizgewährleistungsanspruch*). El razonamiento subyacente es que debe ser posible remediar este tipo de vulneraciones sin necesidad de recurrir a la justicia constitucional.

Tras esta resolución, se aprobó la Ley de audiencias (*Anhörungs-gesetz*), que introdujo en cada procedimiento los recursos necesarios con el fin de garantizar los recursos necesarios ante una posible violación del derecho a ser oído. El § 33 a) del Código Procesal Penal alemán que es fruto de esta doctrina establece que «Cuando un tribunal en una resolución infringe el derecho a ser oído de manera relevante para la decisión del caso y no existe ningún tipo de recurso frente a esta resolución, debe de oficio o a petición de parte retrotraer el procedimiento al momento anterior en que se produjo dicha resolución». Adicionalmente, para los procedimientos de apelación, el § 356 del Código Procesal Penal introduce un recurso extraordinario de revisión para dar cabida a esta doctrina: «Cuando se haya infringido el derecho a ser oído de forma tal que afecte a la resolución del caso, el tribunal debe ordenar que restituir el proceso en el momento anterior a esta infracción»⁸³.

En el ordenamiento italiano el principio a una tutela judicial efectiva comprende los siguientes elementos: (i) el derecho de defensa: el derecho a comparecer ante un juez para negar y refutar las reclamaciones de la parte en igual medida que ésta; (ii) el principio de la igualdad de armas: la posibilidad de que ambas partes presenten su caso ante el tribunal de manera equilibrada, sin que existan ningún tipo de desventajas; (iii) el derecho de acceso al tribunal: los tribunales con el fin de determinar un caso relativo a los derechos y obligaciones legales, deben tener el poder de tomar en cuanto todos los aspectos de hecho y de derecho que sean relevantes para el mismo; (iv) el derecho a ser asesorado, defendido y representado.

⁸² BVerfGE 107, 394.

⁸³ Condiciones adicionales: La solicitud se presentará ante el tribunal que examine el recurso legal una semana después de conocer la violación del derecho a ser oído, ya sea por escrito u oralmente para que quede constancia en el registro del tribunal, y se expondrán las razones.

La Ley n.º 89/2001 reconoció además el Derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable, permitiendo obtener una indemnización cuando se incumpla este derecho. Esta norma lógicamente tiene gran importancia a la hora de presentar un recurso ante la CEDH por su violación. La Corte de Casación, siguiendo al TJUE y a la CEDH, señala que para apreciar la existencia de un plazo razonable⁸⁴ debe tenerse en cuenta: la importancia de la causa para la persona interesada, la conducta del solicitante y la conducta de las autoridades competentes.

El ordenamiento jurídico español presenta algunas peculiaridades que hacen que sea diferente con respecto a los demás ordenamientos jurídicos europeos. El derecho a la tutela judicial efectiva no implica la obligación del legislador de establecer recursos ante cualquier decisión judicial, existe una libertad de configuración a la hora de señalar cuáles los recursos y cuáles son sus requisitos⁸⁵. El Derecho penal constituye, precisamente una excepción a esta doctrina⁸⁶, exigiéndose que al menos exista un recurso⁸⁷. Aunque la Constitución española no consagra expresamente este derecho el TC lo ha extraído a partir de una interpretación en conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art. 14.5). Aunque este texto hace referencia a la persona condenada, también se ha extendido a las otras partes (víctima, responsabilidad civil, acusación popular). El derecho a un ulterior recurso plantea sin embargo una excepción en el caso de los aforados ante el Tribunal Supremo⁸⁸. El derecho español a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la ejecución de lo juzgado, obligación que recae sobre jueces y tribunales⁸⁹.

En el Reino Unido el derecho al acceso a los tribunales es «un derecho constitucional fundamental»⁹⁰ y un «derecho humano fundamental establecido por el derecho consuetudinario, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y otros tratados internacionales de derechos humanos de los que el Reino Unido forma parte»⁹¹. Este derecho contiene a su vez tres derechos diversos: el derecho al acceso a un tribunal; el derecho al asesoramiento legal y el derecho a la comunicación confi-

⁸⁴ Tribunal de Casación, número de la resolución 1021/2002.

⁸⁵ Número de la resolución del Tribunal Constitucional 9/1983.

⁸⁶ Número de las resoluciones del Tribunal Constitucional 42/1982 y 116/1988.

⁸⁷ Número de las resoluciones del Tribunal Constitucional 145/1985 y 7/1986.

⁸⁸ Número de la resolución del Tribunal Constitucional 51/1985.

⁸⁹ Número de las resoluciones del Tribunal Constitucional 32/1982 y 15/1986.

⁹⁰ *Seal (FC) (Parte demandante) v. Chief Constable of South Wales Police (Parte demandada)* [2007] UKHL 31, [38] (Baroness Hale of Richmond).

⁹¹ Comisión Mixta de Derechos Humanos – Las consecuencias del acceso a la justicia de las propuestas del Gobierno para reformar la asistencia jurídica, recuerda el Informe sobre el Proyecto que dio lugar a la Ley de Asistencia Jurídica, Sentencia y Condena de Delincentes de 2012.

dencial con el abogado de acuerdo con el secreto profesional. En vista de lo anterior y teniendo en cuenta la ausencia de una Constitución escrita, se entiende la afirmación de que «ha sido el *common law* quien ha dado una especial importancia al derecho a los ciudadanos de acceso a la justicia, conformado como un derecho constitucional aunque la jurisprudencia no explique lo que esto significa»⁹². El abuso del procedimiento y la posibilidad de los tribunales de ordenar que los procedimientos se suspendan da respuesta a las preguntas sobre el principio al proceso equitativo en cuanto al órgano judicial.

3. TENDENCIAS EMERGENTES COMUNES

El análisis realizado anteriormente hace referencia al Derecho de la Unión, y la CEDH y a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y europeos. Puede decirse, en base a ello, que las bases del principio a un proceso equitativo en lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, están consolidados en todos los sistemas jurídicos. Ambos principios constituyen por tanto una tendencia común en los Estados Miembros de la Unión Europea.

Sin embargo, existen algunas peculiaridades nacionales. Es el caso de Dinamarca, donde si bien, de un lado, existe el derecho (libre) a recurrir la resolución de un tribunal inferior al Tribunal Superior por parte de ambas partes y en relación a cualquier aspecto sin excepción (§ 912 de la Ley de Administración de la Justicia danesa), existe, de otro, una restricción en virtud de la cual el acusado solo puede recurrir cuando (1) asistió al juicio (§374 ss.) y (2) se le impuso una condena superior a los veinticinco días de multa o una multa de 3 000 coronas danesas. Este límite en causas menores ha provocado, por ejemplo, una reserva al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También en Dinamarca el acceso a la Corte Suprema es bastante limitado.

Sección III. Cuestiones pendientes

1. INTRODUCCIÓN

Tal como se ha indicado, tanto el principio del proceso equitativo, en lo tocante al acceso a un órgano judicial, como el principio de la tutela judicial

⁹² Lord Chancellor *ex parte* John Witham, R v. [1997] Administración del Tribunal Superior de Justicia 237, [24] (Leyes).

efectiva se consagran correctamente en el sistema de los Estados Miembros de la Unión Europea. En lo que sigue veremos una serie de cuestiones que sin embargo están abiertas y pendientes de una solución a nivel nacional y/o europeo.

2. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS/CONFLICTIVAS PENDIENTES

2.1 Cuestiones problemáticas a nivel nacional

Existen una serie de cuestiones problemáticas en distintos ordenamientos. En el ordenamiento inglés existe una peculiaridad que no cubre el Derecho de la Unión ni el TEDH, referente al juicio ante el jurado en la *Crown Court*, cuando el acusado se declara inocente⁹³. Aunque suele pensarse que los jurados se ajusten al concepto de «tribunal establecido por la ley» y que apliquen las mismas garantías, el artículo 44 de la Ley de Justicia Penal de 2003 permite que la fiscalía solicite al juez del *Crown Court* la celebración del juicio sin jurado en caso de que se pruebe que existe un peligro de que el jurado pueda ser manipulado. Hasta que fue dejado en vigor por la Ley de Protección de Libertados de 2010 el artículo 43 de la misma ley, permitía a la fiscalía presentar una solicitud similar cuando la causa se consideraba grave o compleja⁹⁴.

Otra peculiaridad del ordenamiento inglés hace referencia al concepto del abuso procesal. En tal caso, «el tribunal pueda ordenar la suspensión del procedimiento. Habitualmente la suspensión conlleva que el procedimiento

⁹³ Para más observaciones sobre el tema, véase M. COEN, *With Cat-Like Tread: Jury Trial and the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, Tema 1, pp. 107-131.

⁹⁴ (1) Este artículo se aplica cuando:

- (a) uno o más acusados van a ser juzgados por uno o más delitos, y
 - (b) se ha entregado la notificación de conformidad con el artículo 51B de la Ley de Delito y Desorden de 1998 (c. 37) (notificaciones de procedimientos de fraudes graves o complejos) con respecto al delito o delitos.
- (2) La fiscalía podrá solicitar al juez del Crown Court que celebre el juicio sin jurado.
 - (3) Si se presenta la solicitud de acuerdo a la sección (2) y el juez está satisfecho con que se haya cumplido el requisito de la sección (5), podrá ordenar que el juicio se celebre sin jurado; pero si no está satisfecho, podrá rechazar la solicitud.
 - (4) El juez no podrá ordenar sin la aprobación de Lord Chief Justice o un juez que él mismo ordene.
 - (5) El requisito es que la complejidad del juicio o la duración del mismo (o ambos) sea oneroso para los miembros del jurado, cuyos intereses de justicia implican que se considere con seriedad la cuestión de si el juicio deberá celebrarse sin jurado.
 - (6) A la hora de decidir si está o no satisfecho con el cumplimiento del requisito, el juez deberá tener en cuenta cualquier paso que, de manera razonable, vaya a tomar para reducir la complejidad o la duración del juicio.
 - (7) Sin embargo el paso no se considerará razonable si perjudica notablemente a la fiscalía» (a. 43 de la Ley de Justicia Penal de 2003).

contra el acusado se detenga de forma permanente»⁹⁵. Por supuesto, el concepto de «abuso procesal» está estrictamente relacionado con los asuntos relativos al proceso equitativo. Como resume Lord Dyson⁹⁶: está perfectamente establecido que el tribunal tenga el poder de suspender procedimientos en dos tipos de causas, concretamente (i) cuando es imposible ofrecer al acusado un proceso equitativo, y (ii) cuando se ofende el sentido de justicia y decoro del tribunal al solicitar que juzgue al acusado dadas las circunstancias del procedimiento. En el primer supuesto, si el tribunal determina que el acusado no puede recibir un proceso equitativo, debe suspender el procedimiento, sin que sea pertinente ningún tipo de ponderación entre los intereses en juego. En el segundo caso, el tribunal debe proteger la integridad del sistema de justicia penal. En este supuesto, se aplicará la suspensión cuando el tribunal determine que bajo cualquier circunstancia el juicio puede «ofender el sentido de justicia y decoro del tribunal»⁹⁷ o puede «minar la confianza de la sociedad sobre el sistema de justicia penal y desprestigiarlo»⁹⁸.

En Dinamarca, las reclamaciones de indemnización en el procedimiento penal pueden plantearse ante los tribunales cuando las resoluciones administrativas no han tenido un resultado aceptable. La reclamación debe plantearse ante mismo tribunal de distrito, que previamente estableció las medidas restrictivas (por ejemplo, las medidas coercitivas) e instruyó los procedimientos penales. Por tanto, es posible que el juez que instruyó la causa durante la investigación o el juicio ahora deba decidir el asunto de la indemnización por daños y perjuicios. En esta situación lógicamente, la imparcialidad del juez está en entredicho.

Debido a que Dinamarca abandonó el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, algunos de los derechos que se han mencionado con anterioridad no se garantizan por completo. Por ejemplo, en Dinamarca el acusado disfruta de menos derechos a la información, al no ser vinculante la Directiva 2012/13/UE. Aunque a decir del propio Ministro de Justicia la situación es substancialmente similar, Dinamarca debería para cumplir íntegramente con la Directiva introducir normas sobre el derecho del acusado a la información, la interpretación y traducción, la impugnación de la detención o el derecho a recibir información sobre cualquier procedimiento posterior.

Sin embargo, se estima (según el Ministro de Justicia) que la legislación danesa ya cumple con la directiva, pero en algunos casos la Directiva va más

⁹⁵ D. ORMEROD, D. PERRY, *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1342.

⁹⁶ *Maxwell* [2001] 4 Todo ER 941, en [13].

⁹⁷ Véase Lord Lowry en *R v. Horseferry Road Magistrates' Court, Ex p Bennett* [1994] 1 AC 42, 74G.

⁹⁸ Véase Lord Steyn en *R v. Latif and Shahzad* [1996] 1 WLR 104, 112F.

allá de la legislación danesa. En concreto, para cumplir íntegramente con la directiva, Dinamarca debería introducir normas por las que se le informase al sospechoso o acusado de: su derecho al acceso a la información; derecho a la interpretación y la traducción; derecho a impugnar la legalidad de la detención; derecho a la información sobre cualquier procedimiento posterior (en el momento de la acusación). La Directiva 2016/1919/UE, relativa a la asistencia jurídica a los acusados y sospechosos en virtud de un procedimiento de OED, también contiene derecho que no se garantizan al acusado en Dinamarca, como por ejemplo el contenido en el artículo 5.2 de nombrar un abogado en el país de origen. Estos asuntos parecen ser el principal desafío del legislador nacional y pueden plantearle dificultades prácticas en procedimientos penales transnacionales.

Resulta interesante también la forma en que se conforma el sistema de recursos ante la violación del plazo razonable. En el Reino Unido se ha establecido, por ejemplo, que anular una decisión que infringe el plazo razonable es sólo una posibilidad excepcional cuando el acusado presenta un recurso invocando la violación de este derecho. Una infracción del derecho a un plazo razonable da lugar a una rebaja de la pena y se tiene en cuenta en la *sentencing*. De este modo, se cumple con la obligación de dar efecto al CEDH en lo tocante a este requisito⁹⁹. En España, de manera semejante, la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye una causa de atenuación que también se tiene en cuenta en la determinación de la pena (art. 21.6 CP). La atenuante se basa en que una duración excesiva del proceso supone una suerte de pena informal anticipada o pena natural, que de no tenerse en cuenta implicaría una pena desproporcionada¹⁰⁰.

En Alemania, en 2001 entró en vigor la Ley para la reparación legal por la duración excesiva del procedimiento y la investigación penal, que contempla la posibilidad de obtener una investigación con medidas preventivas, que requiere una queja ante el tribunal encargado de la causa. En Polonia se aprobó una norma similar como resultado de la violación sistemática del artículo 6 del CEDH.

Los derechos de las víctimas constituyen otro importante desafío. Por ejemplo, en España las víctimas también disfrutaban del derecho a la tutela judicial efectiva. Concretamente, disfrutaban del derecho al acceso a la justicia y el derecho al procedimiento. Además, incluye el derecho a la invariabilidad y

⁹⁹ *Mills v. HM Advocate* [2004] 1 AC 441.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014.

ejecución de las sentencias. La legislación polaca no cumple plenamente los derechos de las víctimas. El TJUE todavía no ha adoptado una resolución.

Por último, y sorprendentemente, en Alemania se debate si «una justicia demasiado abierta» infringirá el derecho al proceso equitativo. Esto podrá afectar por ejemplo a un juicio en un espacio al que asistan una multitud de personas.

2.2 Cuestiones problemáticas a nivel europeo

El principio de la tutela judicial efectiva requiere un desarrollo mayor a nivel europeo, ya que en este momento su contenido varía en algunos Estados Miembros de la UE. Como hemos indicado, el derecho a la tutela judicial requiere de un sistema de cauces judiciales, que ha de garantizarse tanto por las instituciones de la Unión, como por la de los Estados Miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. No obstante, el Derecho alemán establece limitados materiales y subjetivos al derecho a los recursos. Así por ejemplo existen limitaciones para personas jurídicas extranjeras; actos del poder judicial; del poder legislativo, aunque aquí puede intervenir el TCF y del derecho a apelar.

Además, un punto importante y a la vez débil en la aplicación de la tutela judicial efectiva es el significado de la «efectiva» mencionado en el artículo 47 de la Carta. Esta pretensión implica la existencia de mecanismos rápidos y sencillos y que los tribunales ejerzan un control real sobre los actos del ejecutivo. Esto último tiene lógicamente sobre las competencias legales y fácticas de los jueces y sobre su poder de recurrir una posible violación de los derechos. El derecho procesal debe acomodarse a estos requisitos, lo que constituye un gran desafío para los organismos nacionales, que deben, conjuntamente con el TJUE, elaborar un test para determinar en qué medida un recurso resulta efectivo. Por ejemplo, en Polonia donde la acción política ha paralizado al tribunal constitucional, la cuestión del control efectivo del poder judicial sobre los actos del poder ejecutivo tiene hoy gran importancia y urgencia.

3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS PENDIENTES EN EL SECTOR PIF

En lo que concierne a la protección de los intereses financieros, no existen por ahora cuestiones problemáticas especiales. No obstante, estos problemas aparecerán una vez que comience a funcionar la Fiscalía Europea, que entraña un desafío para este procedimiento a distintos niveles. En primer lugar,

como se ha mencionado anteriormente, tanto la Carta como el CEDH exigen que un tribunal competente examine la causa. La Fiscalía Europea disfruta de un gran criterio a la hora de determinar el tribunal ante el que se dispone y presenta la causa, lo que interferirá en el derecho del acusado a una audiencia equitativa, y particularmente en el Derecho de igualdad de armas.

Los procedimientos transnacionales también podrían dificultar plantear el caso ante un tribunal en un tiempo razonable. La complejidad de la causa, sobre todo delitos económicos, combinada con la necesidad de traducir pruebas escritas, etc.¹⁰¹, constituirán el desafío más importante para la Fiscalía Europea por implicar prolongación de los procedimientos. Todo ello sin contar con que la traducción e interpretación resultará también muy costoso.

Por otro la efectividad, la efectividad de la protección de los tribunales relativa a los procedimientos realizados por la Fiscalía Europa constituye igualmente un problema no resuelto. Debe estudiarse aún como los tribunales nacionales se ocuparán de las pruebas presentadas se ocuparán de las pruebas y mociones presentadas por la Fiscalía Europea.

¹⁰¹ Véase la colaboración de T. WAHL en este volumen.

CAPÍTULO 7

NE BIS IN IDEM

VALSAMIS MITSILEGAS Y FABIO GIUFFRIDA

SUMARIO: Sección I. Dimensión de la Unión Europea.–1. Aspectos generales.–1.1 Introducción. –1.2 La legislación sobre *ne bis in idem* a nivel europeo.–2. Alcance y contenido del principio *ne bis in idem*.–2.1 El elemento «bis».–2.2 El elemento «ídem».–2.3 La condición de ejecución del artículo 54 del CAAS y su relación con el artículo 50 CDF.–3. Cuestiones particulares: *ne bis in idem* en los casos de procedimientos administrativos y penales concurrentes.–Sección II. Dimensión comparativa.–1. Introducción: *ne bis in idem* como principio fundamental.–2. *Ius commune* por defecto: artículo 54 del CAAS y el sistema transnacional *ne bis in idem*.–3. Tendencias comunes existentes/emergentes: la noción de bis a nivel nacional.–Sección III. Cuestiones pendientes.–1. Introducción.–2. Cuestiones no resueltas a nivel nacional: la noción de «ídem».–3. Cuestiones no resueltas en el sector de los PIF.–3.1 *Ne bis in idem* en caso de procedimientos administrativos y penales concurrentes.–3.2 *Ne bis in idem* a la luz del establecimiento de la EPPO.

Sección I. Dimensión de la Unión Europea

1. ASPECTOS GENERALES

1.1 Introducción

El derecho a no ser procesado o castigado de nuevo (*bis*) por un hecho que ya ha sido juzgado (*idem*) es un principio fundamental en muchos, por no decir en todos los Estados Miembros de la UE (EM); en general, puede encon-

trarse en la mayoría de los sistemas de justicia penal de todo el mundo y en varios instrumentos internacionales (o supranacionales)¹. Por ejemplo, está consagrado en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo: «la Carta» o CDF) y en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

Este último reconoce el principio de *ne bis in idem* en su versión nacional, lo que significa que solo una sentencia firme dictada por una autoridad del mismo Estado en el que se incoa el segundo procedimiento impide que se siga enjuiciando o sancionando a la misma persona. En cambio, la Carta prevé la aplicación transnacional del *ne bis in idem*: los individuos disfrutan de este derecho cuando hayan sido absueltos o condenados definitivamente por el mismo hecho dentro de cualquier Estado miembro de la Unión Europea (artículo 50 del CDF).

Incluso antes de la Carta, el principio de *ne bis in idem* transnacional ya era aplicable en la UE de acuerdo con el artículo 54 del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), que se firmó en 1990 y desplegó sus efectos a partir del 1995².

El principio que nos ocupa se basa en la necesidad, por una parte, de proteger a los individuos contra el ejercicio injusto del ius puniendi por parte del Estado y, por otra, de evitar la incertidumbre que se derivaría de restar importancia al valor de la *res judicata*. Por lo tanto, el *ne bis in idem* tiene una función tanto de garantía del estado de derecho como de derechos humanos³. Sin embargo, cuando se «eleva» al nivel de la UE, el *ne bis in idem* también protege la *libertad de circulación* de los ciudadanos, lo que ocasiona que no tengan que temer ser juzgados de nuevo cuando cruzan las fronteras nacionales. Esta interpretación amplia se basa en la (presunción de la existencia de) *confianza mutua* en el espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), donde las normas procesales penales nacionales no han sido todavía armonizadas; por lo que, cada Estado miembro «reconoce el Derecho penal vigente de los

¹ Vid., entre otros muchos, J. L. DE LA CUESTA, *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle «ne bis in idem»*. Informe general, RIDP, 2002, pp. 707-715.

² Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, del 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa sobre la supresión gradual de los controles en sus fronteras comunes, *Diario Oficial* L 239/19, de 22 de septiembre de 2000.

³ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon. Right, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford y Londres, Hart-Bloomsbury, 2016, p. 84.

demás Estados Miembros, incluso cuando el resultado sería diferente si se aplicara su propio Derecho nacional»⁴.

En la sección I del presente capítulo se examinan en primer lugar las disposiciones pertinentes sobre el *ne bis in idem* a nivel europeo (punto 1.2). Posteriormente, la atención se centrará en el análisis de los tres elementos previstos en el artículo 54 del CAAS para la aplicación del Principio en cuestión, es decir, *bis* (2.1.), *idem* (2.2.) y la condición de ejecución (2.3.). En el punto 3 nos preguntaremos si el derecho al *ne bis in idem* se aplica en los casos donde concurren procedimientos administrativos y penales, ambos relacionados con el mismo hecho.

1.2 La legislación sobre *ne bis in idem* a nivel europeo

El acervo de Schengen se integró en el marco de la UE con un Protocolo del Tratado de Ámsterdam, por lo que el artículo 54 del CISA ha representado durante muchos años el punto de referencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en este ámbito. Este afirma que una persona:

«que haya sido condenada por sentencia firme por un Estado parte, no podrá ser perseguido por otro Estado parte por las mismas infracciones, siempre que, en caso de condena, la condena haya sido o esté siendo ejecutada o ya no pueda ser ejecutada en virtud de la legislación sobre imposición de penas del Estado parte».

El artículo 54 del CAAS se aplica en todos los Estados Miembros de la UE y en cuatro países no pertenecientes a la UE que son parte del acuerdo de Schengen (Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein)⁵. En cuanto a la aplicabilidad *ratione temporis*, el TJUE se ha ocupado de la cuestión de si el artículo 54 del CAAS puede aplicarse cuando el CAAS, en el momento de los primeros procedimientos, no estaba todavía en vigor en el Estado que se pronunció sobre el asunto. Dado que el *ne bis in idem* entra en juego cuando se inician investigaciones o actuaciones judiciales por *segunda vez*, el TJUE afirma que

⁴ Esta idea fue acuñada por el TJUE, el 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, caso *Gözütok y Brügge*, ECLI: EU: C:2003: 87, párrafo 33, y se repite en muchas de las siguientes decisiones de la Corte sobre el tema.

⁵ Por lo tanto, también se aplican al Reino Unido e Irlanda (ver sección II, párrafo 2 de este capítulo).

sólo es necesario evaluar si el CAAS estaba en vigor –en el momento del *segundo* procedimiento– en el *segundo* Estado⁶.

En cuanto a la Carta, el Artículo 50 dice lo siguiente: «nadie podrá ser juzgado o castigado en un proceso penal por un delito por el que ya haya sido absuelto o condenado definitivamente dentro de la Unión Europea de conformidad con la ley». Por lo tanto, la Carta es similar al CAAS cuando prevé la versión transnacional del *ne bis in idem*, aunque no reproduce la «condición de ejecución» consagrada en el artículo 54 del CAAS («cuando es condenado, la pena ha sido o está siendo ejecutada o ya no puede ser ejecutada»): la cuestión de la validez duradera de esta cláusula la discutiremos en el apartado 2.3.

Por lo que se refiere al sector de la PIF, el principio *ne bis in idem* ya había sido reconocido en el Convenio de 1995 sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo: el Convenio PIF), que introdujo la obligación para los Estados Miembros de sancionar con sanciones penales las conductas que afecten al presupuesto de la UE. En el artículo 7, apartado 1, del Convenio PIF, que recuerda al artículo 54 del CAAS, se afirma lo siguiente:

«Los Estados Miembros aplicarán en su Derecho penal nacional la norma "*ne bis in idem*", en virtud de la cual una persona que haya sido definitivamente juzgada en un Estado miembro no podrá ser procesada en otro Estado miembro por los mismos hechos, siempre que, en caso de que se haya impuesto una sanción, ésta haya sido ejecutada, esté en curso de ejecución o ya no pueda ser ejecutada con arreglo a la legislación del Estado que condena»⁷.

En la UE, por último, el *ne bis in idem* es un motivo de denegación en todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, incluida la Decisión marco sobre la orden de detención europea (ODE)⁸. La ejecución de una orden de detención europea se denegará cuando, entre otras cosas,

«se informe a la autoridad judicial encargada de la ejecución de que la persona reclamada ha sido finalmente juzgada por un Estado miembro por los mismos hechos, siempre que, en caso de condena, la condena haya sido o esté siendo

⁶ Vid., entre otros, STJUE, 9 de marzo 2006, C-436/04, caso *Van Esbroeck*, ECLI: EU: C:2006:165, párrafos 18-24.

⁷ Artículo 7 (1) del Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial* 1995 C 316/49, del 27 de noviembre de 1995. El convenio entro en vigor en 2002.

⁸ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados Miembros (2002/584/JAI), *Diario Oficial* 2002 L 190/1, del 18 de julio del 2002. Sobre reconocimiento mutuo, ver más en los capítulos de F. BLANCO y L. LA SPINA de este volumen.

ejecutada o haya dejado de serlo con arreglo a la legislación del Estado miembro que condena»⁹.

Por lo que respecta al Consejo de Europa, el derecho al *ne bis in idem* está consagrado en el Protocolo n.º 7 del CEDH, que no ha sido ratificado por Alemania y los Países Bajos, mientras que Reino Unido ni siquiera lo ha firmado. Sin embargo, el Protocolo está en vigor en los otros 25 Estados Miembros de la UE, así como en los 19 Estados Miembros del Consejo de Europa que no son países de la UE. Como ya se ha mencionado, el artículo 4 del Protocolo n.º 7 sólo trata la dimensión nacional *del ne bis in idem*, a pesar de su limitada aplicabilidad, el derecho al *ne bis in idem* se considera de suma importancia en el marco del Consejo de Europa, ya que forma parte de los derechos fundamentales que no pueden ser derogados ni siquiera en situaciones de emergencia¹⁰.

2. ALCANCE Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

2.1 El elemento «bis».

La primera decisión del Tribunal de Justicia de la UE relativa al artículo 54 del CAAS, es el caso *Gözütok y Brügger* (2003)¹¹, la cual trata el concepto de «sentencia firme». En el presente asunto, el Tribunal de Justicia alega que un *acuerdo extrajudicial* del Ministerio Fiscal con el acusado puede impedir que se inicien nuevas actuaciones cuando éste cumpla con las obligaciones derivadas del acuerdo, en particular con el pago de una suma de dinero.

El TJUE subraya que la ausencia de una autoridad judicial en procedimientos tales como los acuerdos extrajudiciales no impiden la aplicación de la disposición en cuestión. Es cierto que en algunos países sería necesaria la intervención de un tribunal para validar el acuerdo, pero el Tribunal de Justicia señala que el artículo 54 CAAS no supone una armonización o aproximación de los sistemas nacionales de justicia penal¹²; por el contrario, esta disposición se basa más bien en la presunción de confianza mutua entre los Estados Miembros¹³. Además, el Tribunal examina el artículo 54 del CAAS a la luz del objetivo de esta disposición, es decir, garantizar que «nadie sea perseguido por

⁹ Artículo 3 (2) de la decisión marco 2002/584/JAI. Énfasis añadido.

¹⁰ Artículo 4 (3) del Protocolo N. 7 del CEDH.

¹¹ Asuntos acumulados TJUE, *Gözütok and Brügger*.

¹² *Ibid.*, párrafos 31-32.

¹³ *Ibid.*, párrafo 33.

los mismos hechos en varios Estados Miembros por haber ejercido su derecho a la *libre circulación*»¹⁴.

La segunda decisión del Tribunal de Justicia sobre el artículo 54 del CAAS, es el caso *Miraglia* (2005), que se refiere una vez más al elemento *bis*, pero en este caso el Tribunal de Justicia dictamina que una decisión del Fiscal General de poner fin a la acción penal «*por el único motivo* de que se haya incoado un procedimiento penal en otro Estado miembro contra el mismo acusado y por los mismos hechos, *sin que se haya dictado ninguna resolución sobre el fondo del asunto*»¹⁵ no permite aplicar el artículo 54 del CAAS. En circunstancias similares, las cuales pueden definirse de aplicación «preventiva» de *ne bis in idem*¹⁶, es evidente que la decisión de suspender el procesamiento por la razón mencionada no puede entrar dentro del concepto de «sentencia firme» previsto en el artículo 54 del CAAS, ya que dicha decisión no contiene «ninguna apreciación de la conducta ilícita de la que se acusa al investigado»¹⁷.

Con el caso *Miraglia* se aclara, por tanto, que lo que realmente importa para desencadenar la aplicación del *ne bis in idem* es que la primera autoridad evalúe el *fondo del asunto*. Si lo hace, el desenlace del proceso no es relevante, ya que también la absolución por falta de pruebas prohíbe que se siga procesando a la misma persona por los mismos hechos. Esta postura fue expuesta por el Tribunal en el caso *Van Straaten* (2006)¹⁸.

El mismo día del caso *Van Straaten*, el Tribunal resolvió el caso *Gasparini y otros*, en el que se adopta una perspectiva diferente sobre el elemento «*bis*»¹⁹. Mientras que en *Van Straaten* y *Miraglia* sostiene que la decisión final que excluye la continuación de las actuaciones judiciales debe referirse al *fondo del asunto*, en el asunto *Gasparini* el Tribunal de Justicia considera que también una decisión final por la que se absuelve al acusado porque el delito ha *prescrito* tiene el mismo efecto que el perseguido por el artículo 54.

El Tribunal alcanzó esta conclusión a la luz de la necesidad de proteger la *libre circulación* de las personas²⁰. Parece sugerir que, para evaluar si una decisión es apta para desencadenar el artículo 54, es crucial examinar la naturaleza «definitiva» de tal decisión desde una perspectiva *nacional*: si un Estado

¹⁴ *Ibid*, párrafo 38. Énfasis añadido.

¹⁵ STJUE, 10 de marzo del 2005, C-469/03, caso *Miraglia*, ECLI: EU: C:2005:156, párrafo 35. Énfasis añadido.

¹⁶ *Ibid*, párrafo 23.

¹⁷ *Ibid*, párrafo 34.

¹⁸ STJUE, 28 de septiembre 2006, C-150/05, caso *Van Straaten*, ECLI: EU: C:2006:614.

¹⁹ STJUE, 28 de septiembre 2006, C-467/04, caso *Gasparini and others*, ECLI: EU: C:2006:610.

²⁰ *Ibid*, párrafo 27.

miembro ha tenido la oportunidad de resolver un asunto, el cierre definitivo del juicio en ese Estado no permite iniciar investigaciones y actuaciones judiciales en otros países de la UE. Por lo tanto, el enfoque parece pasar del «fondo» del caso al «estado final» del procedimiento nacional.

Esta interpretación del artículo 54 se adopta abiertamente en el caso *Turansky* (2008)²¹. El asunto se refería a la aplicabilidad del mencionado artículo a una decisión por la cual «una autoridad policial, tras examinar el fondo del asunto que se le ha sometido, ordena, en una fase anterior a la acusación de una persona sospechosa de haber cometido un delito, la suspensión de la acción penal que se había iniciado»²². En estas circunstancias, en relación con el ordenamiento jurídico eslovaco, tal decisión no excluye la posibilidad de nuevas actuaciones judiciales en el mismo Estado.

Volviendo a *Gozütok y Brügge*, el Tribunal señala que el concepto de «finalmente resuelto» –que figura en el artículo 54 CAAS– se refiere a los casos en los que «la continuación de las actuaciones judiciales está definitivamente prohibida»²³. En esta decisión, el TJUE subraya en particular este aspecto:

«para apreciar si una resolución es "firme" en el sentido del artículo 54 CAAS, es necesario, en primer lugar, comprobar [...] que la resolución de que se trata se considera firme y vinculante *con arreglo a la legislación del Estado contratante que la adoptó*, y comprobar que conduce, en dicho Estado, a la protección concedida por el principio *ne bis in idem*»²⁴.

Los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en *Turansky* han sido confirmados en otras sentencias, empezando por *Mantello* (2010)²⁵. Dicha Decisión no se refirió al artículo 54, sino que se centró en el artículo 3, apartado 2, de la Decisión marco sobre la orden de detención europea, que enumera el *ne bis in idem* como motivo de denegación para la ejecución de una orden de detención europea. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia alega que su interpretación del elemento «*idem*» en el marco del artículo 54 puede ampliarse al concepto de «mismos hechos» que figura en el artículo 3, apartado 2, de la Decisión marco sobre la orden de detención europea²⁶. Las dos disposiciones, de hecho, comparten el mismo objetivo, es decir, evitar que una

²¹ STJUE, 22 de diciembre de 2008, C-491/07, caso *turansky*, ECLI: EU: C:2008:768.

²² *Ibid.*, párrafo 30.

²³ *Ibid.*, párrafo 32.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 35. Énfasis añadido.

²⁵ STJUE, 16 de noviembre de 2010, C-261/09, caso *Mantello*, ECLI: EU: C:2010:683.

²⁶ Vid. más en el párrafo 2.2 de esta sección

persona sea procesada o castigada dos veces por los mismos actos²⁷. Sobre la base de esta premisa, el Tribunal de Justicia confirma los principios enunciados en la sentencia *Turansky*, es decir, que la apreciación del carácter «definitivo» de la primera sentencia debe efectuarse de conformidad con el Derecho del Estado en el que se dictó la sentencia²⁸.

El enfoque adoptado en *Turansky* ha sido confirmado en dos decisiones recientes, *M.* (2014) y *Kossowski* (2016)²⁹. En el proceso penal contra *M.*, las autoridades belgas habían dictado una orden de «*non-lieu*», es decir, que consideraron que no había motivos para remitir un asunto a un tribunal de primera instancia en relación con ese sospechoso. En Bélgica, la presente Decisión se opone a que se incoe un nuevo procedimiento contra la misma persona por los mismos hechos, *a menos que se descubran nuevos hechos o pruebas contra ella*. En el caso de *M.*, la orden de «*non-lieu*» había sido confirmada por el Tribunal de Casación: por lo tanto, después de tal decisión final de las autoridades belgas, ¿podrían los italianos proceder contra *M.* por los mismos hechos?

La respuesta negativa del Tribunal de Justicia se basa en las sentencias anteriores, *Miraglia* y *Turansky*, ya que el TJUE declara que el artículo 54 se aplica cuando una decisión se refiere al fondo del asunto (*Miraglia*)³⁰ y cuando dicha decisión se considera «definitiva» en el Estado en el que se ha dictado (*Turansky*)³¹. Sin embargo, el factor decisivo en la aplicabilidad del *ne bis in idem* parece ser este último. En el caso *M.*, el auto por el que se declara el «*non-lieu*» es definitivo y se refiere al fondo: se trata de una «decisión definitiva sobre la inadecuación de las pruebas y excluye cualquier posibilidad de que el asunto pueda ser reabierto sobre la base del mismo conjunto de pruebas»³². Por lo tanto, esa persona ya no puede ser juzgada en Bélgica por los mismos hechos y sobre la base de las mismas pruebas. Al interpretar el artículo 54 a la luz del artículo 50 del CDF y del artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH, el Tribunal llega a la conclusión de que el artículo 54 del CISA se aplica a la orden belga de *non-lieu*, que «debe considerarse una sentencia firme, a efectos de dicho artículo [...]»³³. Esta sentencia reafirma básicamente la

²⁷ STJUE, caso *Mantello*, párrafo 40.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 46.

²⁹ Respectivamente, STJUE, 5 de junio de 2014, C-398/12, caso *M.*, ECLI: EU: C:2014:1057, y STJUE, de 29 de junio de 2016, C-486/14, caso *Kossowski*; ECLI: EU: C:2016:483.

³⁰ STJUE, caso *M.*, párrafos 28 y 30.

³¹ *Ibid.*, párrafos 31-32.

³² *Ibid.*, párrafo 30.

³³ *Ibid.*, párrafo 40. Énfasis añadido.

prioridad del requisito de seguridad jurídica para la persona afectada en el ámbito de la justicia penal europea³⁴.

El Tribunal parece ser consciente de que una decisión de «*non-lieu*» no se ajusta fácilmente al concepto de sentencia «definitiva». Recordando una decisión anterior, *Bourquain*, el Tribunal revate, sin embargo, que «el mero hecho de que ese procedimiento penal hubiera exigido, de conformidad con la legislación nacional, la reapertura del procedimiento no significa, *en sí mismo*, que la sentencia no pueda considerarse «firme» en el sentido del artículo 54 CAAS»³⁵. En *Bourquain* (2008), el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre una decisión dictada en *rebeldía* por un tribunal militar francés en Argelia en 1961, posteriormente anulada por una amnistía concedida en 1968. Los problemas surgieron porque la ley francesa imponía la obligación de celebrar un nuevo juicio si la persona condenada *en rebeldía* hubiera vuelto a comparecer antes de la fecha en que hubiera prescrito la ejecución de la pena (veinte años a partir de la fecha en que la decisión fuera definitiva); en este caso, la ejecución de la pena habría prescrito en 1981, pero ya en 1968 el acusado se benefició de la amnistía. Por lo tanto, si el Sr. Bourquain hubiera vuelto a aparecer en Francia entre 1961 (momento de la sentencia) y 1968 (año de la amnistía), la pena no podría haberse ejecutado, porque habría sido necesaria un nuevo juicio, esta vez en su presencia.

Antes de afirmar la compatibilidad de este supuesto con la cláusula de ejecución del artículo 54³⁶, el Tribunal aclara que esta disposición también se aplica a las resoluciones *en rebeldía*. De hecho, decisiones similares pueden constituir un «obstáculo procesal para la apertura de nuevos procedimientos»³⁷, no sólo porque no hay pruebas de lo contrario en el texto del artículo 54 CAAS³⁸, sino también porque la necesidad de proteger la *libertad de circulación* de las personas implica no volver a procesar a un acusado que se encuentra en una situación como la del Sr. Bourquain³⁹. En este contexto, el Tribunal declara –como en el asunto M.– que,

«el mero hecho de que el procedimiento en *rebeldía* hubiera requerido, según el Derecho francés, la reapertura del procedimiento si el Sr. Baurquain hubiera sido detenido durante el plazo de prescripción aplicable a la pena y antes de que se beneficiara de la amnistía [...] no significa, en sí mismo, que la condena en *rebel-*

³⁴ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, p. 87

³⁵ STJUE, caso *M.*, párrafo 34. Énfasis añadido.

³⁶ Vid. más en el apartado 2.3 de esta sección.

³⁷ STJUE, 11 de diciembre de 2008, C-297/07, caso *Bourquain*, ECLI: EU: C:2008:708, párrafo 34.

³⁸ *Ibid.*, párrafo 35.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 41.

día no pueda considerarse una resolución definitiva en el sentido del artículo 54 CAAS»⁴⁰.

Por último, en *Kossowski* (2016), se ha discutido la aplicabilidad del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen a los casos donde el fiscal pone fin al proceso penal *sin una investigación detallada de los hechos*. La cuestión se asemeja a la de *Miraglia* y la sentencia del Tribunal es sorprendentemente similar: tal decisión de las autoridades no puede entrar en el ámbito de aplicación del artículo 54 CAAS. En *Kossowski*, el TJUE señala un procedimiento de dos fases, que deben aplicar las autoridades nacionales para evaluar si se aplica el derecho europeo al *ne bis in idem*.

En primer lugar, las autoridades nacionales evaluarán si una decisión es *definitiva* en el Estado en el que se haya dictado. En caso de respuesta positiva, la otra cuestión que debe plantearse es si la decisión se refiere al *fondo* del asunto: en caso contrario, como en el caso de *Kossowski*, no puede aplicarse el artículo 54.

El razonamiento que apoya una conclusión similar conecta los puntos de las decisiones anteriores. Al igual que en el asunto *M.*, anteriormente mencionado, el Tribunal señala que el artículo 54 debe interpretarse a la luz del artículo 50 del CDF⁴¹. Sin embargo, esta aclaración es más una conclusión que una introducción de nuevas observaciones, ya que el Tribunal no dice nada más al respecto. El Tribunal ni siquiera menciona el CEDH ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que más bien recurre a la introducción del procedimiento de dos fases antes mencionado.

En relación con la primera valoración impuesta a las autoridades nacionales –¿Es firme la sentencia?– el TJUE recuerda el principio de *Turansky*⁴² y confirma que el artículo 54 CAAS se aplica también a aquellas decisiones emitidas sin la participación de una autoridad judicial (*Gözütok y Brügge*)⁴³.

En cuanto al segundo paso –¿la sentencia trata el fondo del asunto?–, el Tribunal sugiere que el artículo 54 CAAS se interprete teniendo en cuenta el objetivo y el contexto de esta norma⁴⁴. El Tribunal se apega a la conclusión tradicional de que el artículo 54 CAAS tiene como objetivo proteger la libertad de circulación y garantizar la seguridad jurídica⁴⁵. Sin embargo, como lo hizo en *Miraglia* y *Turansky*, el Tribunal subraya que ese objetivo protector del ar-

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 40.

⁴¹ STJUE, caso *Kossowski*, párrafo 31.

⁴² *Ibid.*, párrafo 35.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 39.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 43.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 44.

título 54 CAAS debe ir acompañado de la necesidad de prevenir y combatir la delincuencia⁴⁶. A la luz de este objetivo adicional del artículo 54 del CAAS, es evidente que una decisión como la que está en juego –por la cual el fiscal abandonó el caso sin ninguna investigación sobre el fondo– no puede considerarse «final».

Más precisamente, en esas circunstancias, habría,

«una decisión que termina el proceso penal [...] adoptada en una situación en la que la autoridad procesal, sin haber llevado a cabo una investigación más detallada con el propósito de reunir y examinar evidencia, no procedió con el procesamiento *únicamente porque el acusado se negó a dar una declaración* y la víctima y su testigo vivían en Alemania, de modo que *no había sido posible entrevistarlos en el curso de la investigación* y, por lo tanto, fue imposible verificar las declaraciones hechas por la víctima [...]»⁴⁷.

En caso de que dicha decisión impida nuevos enjuiciamientos en otros Estados Miembros, se pondría en peligro el objetivo de prevenir y contrarrestar eficazmente el delito dentro del ELSJ.

2.2 El elemento «*idem*»

El aspecto de *idem* del derecho en cuestión ha sido tratado por el TJUE en diferentes ocasiones y la posición del Tribunal es clara: el individuo puede invocar el derecho *ne bis in idem* cuando el segundo procedimiento se refiera al mismo «conjunto de hechos que están intrínsecamente relacionados entre sí, con independencia de la calificación jurídica que se le haya dado o del interés jurídico protegido»⁴⁸. Por supuesto, esta evaluación debe ser llevada a cabo por las autoridades nacionales competentes⁴⁹.

El caso más destacado es el de *Van Esbroeck* (2006), ya que es en el dónde se examina por primera vez el asunto en cuestión. La sentencia se refiere a un caso de tráfico ilegal de drogas, que representa un ejemplo típico de los problemas que pueden surgir en la interpretación del término «*idem*». Cuando el delito de narcotráfico es transnacional, en los países desde los que se mueve la droga, el acusado podría ser investigado por «exportación» de drogas, mientras que en aquellos en los que se reciben las sustancias podría ser procesado

⁴⁶ *Ibid*, párrafos 46-47. Vid. STJUE, case *Miraglia*, párrafo 34; STSJUE, caso *Turansky*, párrafo 43.

⁴⁷ *Ibid*, párrafo 48. Énfasis añadido.

⁴⁸ STJUE, case *Van Esbroeck*, párrafo 34. Énfasis añadido.

⁴⁹ *Ibid*, párrafo 38.

por «importación». Se plantea la cuestión de si conductas similares constituyen los «mismos actos» a efectos del artículo 54 CAAS.

La respuesta a esta delicada pregunta depende del criterio adoptado. Si se observa la *clasificación jurídica* de las conductas, queda claro que el principio de *ne bis in idem* nunca podría aplicarse en casos similares, ya que la «exportación» y la «importación» de drogas son dos delitos diferentes. Lo mismo ocurre en los casos en que la evaluación se centra en los *intereses jurídicos* protegidos por la ley. Suponiendo que el tráfico de drogas afecte sólo al derecho a la salud de una población, en el caso del tráfico transnacional se ve afectado el derecho a la salud de (al menos) dos poblaciones diferentes, de modo que los intereses legales en juego son más de uno.

El único criterio que permite que el artículo 54 entre en juego en estos casos es el del *mismo hecho histórico* («*idem factum*»): desde esta perspectiva, no es posible considerar que la importación y la exportación de drogas representen dos hechos diferentes, porque en realidad son las dos caras de la misma moneda. El TJUE respalda esta opinión en la sentencia *Van Esbroeck*.

Seis meses después de *Van Esbroeck*, el TJUE dictó dos sentencias más –*Van Straaten y Gasparini*– en las que confirmó esta interpretación de los «mismos actos». La línea de razonamiento de *Van Esbroeck* ha sido confirmada también en *Kretzinger* (2007) y en *Kraaijenbrink* (2007)⁵⁰, donde el TJUE también afirma que no basta con que los hechos estén vinculados por la misma intención delictiva, sino que también es necesario un vínculo *objetivo*.⁵¹

Por último, en el asunto *Mantello*, el Tribunal amplía la interpretación del «*idem*» elaborada en relación con el artículo 54 CAAS y la Decisión marco sobre la orden de detención europea, subrayando que tal noción «debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea»⁵².

Este concepto autónomo de Derecho de la Unión Europea ha cruzado la frontera de la UE, ya que ha sido aprobado también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De hecho, en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH, se utiliza el término «delito», en lugar de «hechos». Sin embargo, la Gran Sala del TEDH ha dictaminado en el caso *Zolotukhin v. Russia* (2009) que el derecho a *ne bis in idem* se aplica cuando el segundo procedimiento se refiere al «*mismo conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo acusado y están intrínsecamente vinculadas entre sí en el tiempo y el espacio*»⁵³.

⁵⁰ STJUE, 18 de julio de 2007, C-288/05, caso *Kretzinger*, ECLI: EU: C:2007:441.

⁵¹ STJUE, 18 de julio de 2007, C-367/05, caso *Kraaijenbrink*, ECLI: EU: C:2007:444, párrafo 31.

⁵² STJUE, caso *Mantello*, párrafo 38. Énfasis añadido

⁵³ STEDH, 10 de febrero de 2009, caso *Zolotukhin v. Russia*, párrafo 84. Énfasis añadido

2.3. La condición de ejecución del artículo 54 del CAAS y su relación con el artículo 50 CDF

De conformidad con el artículo 54 del CAAS, el principio *ne bis in idem* se aplica cuando, una persona ha sido condenada, la pena «ha sido ejecutada, está en curso de ejecución o ya no puede ser ejecutada con arreglo a la legislación del estado que dictó la sentencia».

Hasta el momento, la interpretación de esta cláusula de ejecución ha sido tratada por el tribunal en cuatro casos, tres de los cuales ya se han mencionado en los apartados anteriores. En los asuntos *Gözütok* y *Brügge*, el Tribunal de Justicia sólo señala que, cuando un acusado ha cumplido las obligaciones derivadas de un acuerdo extrajudicial, es decir, pagar una determinada cantidad de dinero, puede considerarse que la sanción «ha sido ejecutada» a efectos del artículo 54 del CAAS⁵⁴.

La condición de ejecución se trata también en *Kretzinger*, donde se discute si tal condición puede considerarse cumplida en los casos de *suspensión de la pena privativa de libertad*. Dado que la suspensión de la pena sigue siendo una sanción destinada a castigar una conducta ilícita, la condición de ejecución también se cumple en estas circunstancias⁵⁵. Por lo tanto, una pena suspendida puede considerarse establecida «en vías de ejecución» a efectos del artículo 54 del CAAS; una vez finalizado el período de prueba, la pena «se ha ejecutado» para los mismos fines⁵⁶.

El tercer caso relevante es el de *Bourquain*, donde el acusado había sido condenado *en rebeldía* por el tribunal militar francés en 1961 y luego se benefició de la amnistía en 1968. Sin embargo, los problemas surgen cuando se considera que la pena dictada en 1961 nunca podría haberse ejecutado: de hecho, si el acusado hubiera reaparecido en Francia, habría sido necesario un nuevo juicio, esta vez en su presencia⁵⁷. En tales circunstancias, ¿se cumple la condición de ejecución y, en consecuencia, el Sr. Bourquain goza del derecho a *ne bis in idem* en caso de que se reabra su caso en otro Estado miembro?

El Tribunal de Justicia responde *afirmativamente*, alegando que la cláusula del artículo 54 del CAAS abarca también los casos en los que la sanción «ya no puede ejecutarse». Por lo tanto, cuando se inicia el *segundo* procedimiento, no es relevante si la sanción impuesta con la *primera* decisión no pudo haber sido ejecutada en la fecha en que fue impuesta. Este es precisamente el

⁵⁴ Asuntos acumulados, STJUE, caso *Gözütok and Brügge*, párrafos 30.

⁵⁵ STJUE, caso *Kretzinger*, párrafos 40-43.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 42.

⁵⁷ Vid. apartado 2.1

caso del Sr. Bourquain, que fue procesado de nuevo en 2002 por los mismos hechos por los que había sido condenado en 1961, pena que quedó anulada con la amnistía de 1968 y que, incluso sin ella, según la legislación francesa no habría podido ser ejecutada veinte años después de la decisión, es decir, en 1981. Por consiguiente, no cabe duda de que se cumple la condición de ejecución en casos similares. De lo contrario, se habría puesto en peligro la libre circulación del Sr. Bourquain, que podría haber corrido el riesgo de ser juzgado o castigado una vez más porque su pena no era ejecutable en el momento de la primera sentencia debido a algunas características específicas del sistema francés⁵⁸.

Las conclusiones del Tribunal sobre la condición de ejecución, en la última sentencia, el caso *Spasic* (2014)⁵⁹, son mucho más problemáticas que las mencionadas anteriormente. Esta decisión trata dos cuestiones. La menos sensible se refiere a la aplicación de la cláusula cuando una persona, condenada tanto a una pena privativa de libertad como a una sanción pecuniaria, sólo ha pagado esta última. El Tribunal de Primera Instancia alega que, si se aplicara el principio de *ne bis in idem* en circunstancias similares, se pondrían en peligro los objetivos del artículo 54 del CAAS. En esta decisión, sin embargo, el Tribunal sólo menciona entre los objetivos del artículo 54 del CAAS la necesidad de no conceder *impunidad* a los individuos y la necesidad de garantizar la *seguridad jurídica*, mientras que la libertad de circulación se ha descuidado por completo⁶⁰. Sobre esta base, permitir que una persona confíe en el *ne bis in idem* cuando la sentencia ha sido ejecutada solo parcialmente sería una tontería. El artículo 54 del CAAS, que prevé la forma singular de «sanción», cubre también las situaciones en las que se ha impuesto una sanción pecuniaria y una pena privativa de libertad⁶¹.

El otro tema tratado por *Spasic* es mucho más polémico. Se preguntó al Tribunal si la condición de ejecución del artículo 54 del CAAS es compatible con el derecho al *ne bis in idem* consagrado en el artículo 50 del CDF, que no hace ninguna referencia a tal cláusula.

La sorprendente respuesta positiva se basa en la premisa de que el artículo 54 del CAAS recuerda a las explicaciones del artículo 50 del CDF; las explicaciones también establecen que las excepciones limitadas al derecho en cuestión, que se encuentran en los artículos 54 a 58 del CAAS, están cubiertas

⁵⁸ STJUE, caso *Bourquain*, párrafos 45-52.

⁵⁹ STJUC, de 27 de mayo de 2014, C-129/14 PPU, caso *Spasic*, ECLI: EU: C:2014:586.

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 77.

⁶¹ *Ibid.*, párrafos 80-81.

por la cláusula del artículo 52, apartado 1, del CDF⁶². Esta última disposición regula cómo se pueden limitar los derechos de la Carta. Las limitaciones similares deben: i) estar previstas por ley; ii) respetar la esencia de esos derechos; y iii) estar sujetas al principio de proporcionalidad, necesidad y responder realmente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás. Suponiendo que la cláusula de ejecución constituya una limitación del derecho al *ne bis in idem*, el Tribunal evalúa si se cumplen las tres condiciones previstas en el artículo 52, apartado 1, del CDF.

En primer lugar, la condición de ejecución se recoge en el artículo 54 CAAS⁶³. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia alega que la cláusula controvertida no pone en entredicho el principio *ne bis in idem* como tal, ya que su único objetivo es evitar que una persona condenada en un Estado miembro quede impune si el Estado que condena no ha ejecutado la pena⁶⁴. A continuación, el análisis se centra en la proporcionalidad de dicha cláusula. La valoración positiva del Tribunal se centra en el objetivo del artículo 54 del CAAS, es decir, el interés general de *prevenir la impunidad* de las personas condenadas y sentenciadas en un Estado miembro de la Unión Europea⁶⁵. La condición de ejecución sirve a este fin y se considera necesaria, ya que los instrumentos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados Miembros de la UE «no son capaces de alcanzar plenamente el objetivo perseguido»⁶⁶.

Por lo tanto, el Tribunal descarta cualquier posible incompatibilidad entre la condición de ejecución del artículo 54 del CAAS y el derecho al *ne bis in idem* consagrado en el artículo 50 del CDF. La única mitigación es que, en concreto, cuando las autoridades nacionales deben evaluar si se cumple la cláusula de ejecución, pueden «ponerse en contacto entre sí e iniciar consultas para verificar si el Estado miembro que impuso la primera fase tiene realmente la intención de ejecutar las sanciones impuestas»⁶⁷, a la luz del principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 del TUE.

⁶² Explicaciones relativas a la carta de derechos fundamentales, *Diario Oficial* 2007 C 202/17, de 14 de diciembre de 2007, p. 31.

⁶³ STJUE, caso *Spasic*, párrafo 57.

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 58.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafos 61-63.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 68. La cita se refiere principalmente a la Decisión marco 2009/948/JAI sobre la prevención y solución de conflictos de jurisdicción en los procesos penales (*Diario Oficial* 2009 L 328/42, de 15 de diciembre de 2009 que solo regula las consultas entre diferentes autoridades nacionales que reclaman jurisdicción sobre un mismo caso, pero no enumera ningún criterio vinculante seguido en la asignación de jurisdicción. Algunos comentarios críticos, vid. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon*, pp. 89-90.

⁶⁷ STJUE, caso *Spasic*, párrafo 73.

3. CUESTIONES PARTICULARES: *NE BIS IN IDEM* EN LOS CASOS DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PENALES CONCURRENTES

Los principios antes mencionados señalados por el TJUE sólo se aplican cuando los dos procedimientos contra la misma persona son de *naturaleza penal*. En este apartado se evalúa si la jurisprudencia de los tribunales europeos puede ampliar el alcance del derecho en cuestión *a los casos de procedimientos penales y administrativos concurrentes sobre el mismo hecho*. Por lo tanto, la dimensión transnacional del *ne bis in idem* se ha dejado de lado, ya que la cuestión mencionada pone de relieve casos puramente nacionales. No hace falta decir que este tema es de suma importancia para el sector de PIF, donde las sanciones penales suelen combinarse con sanciones administrativas.

Hasta ahora, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado al respecto en tres decisiones. La primera es *Bonda* (2012⁶⁸), que se refiere al caso de un ciudadano polaco que recibió una *sanción administrativa* por algunas violaciones del Reglamento (CE) n.º 1973/2004 sobre subvenciones agrícolas de la UE. Había declarado un terreno mucho más grande que el que tenía y, por lo tanto, quedó excluido de la subvención para el año siguiente, de conformidad con el artículo 138, apartado 1, del Reglamento. El juez abrió entonces una investigación por fraude: El Sr. *Bonda* fue condenado en primera instancia y absuelto en segunda instancia, mientras que el Tribunal Supremo pidió al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la naturaleza jurídica de la pena prevista en el artículo 138, apartado 1, del Reglamento n.º 1973/2004. Si la pena fuera de carácter penal se habría aplicado la legislación polaca sobre el *ne bis in idem* y el Sr. *Bonda* debería haber sido absuelto en el proceso penal.

Confirmando su jurisprudencia anterior sobre la política agrícola común, el Tribunal de Justicia *niega* el carácter penal de las sanciones impuestas en este ámbito. El Tribunal apoya su decisión en relación con los criterios del caso *Engel* elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La aplicación de estos criterios lleva al Tribunal a concluir que la negativa a pagar a un agricultor un año después de haber hecho una declaración falsa no es por un delito: no está clasificada como tal en el Reglamento (CE) n.º 1973/2004, no es punitiva, sino que sólo pretende «proteger la gestión de los fondos de la Unión Europea excluyendo temporalmente a un beneficiario que haya hecho declaraciones incorrectas en su solicitud de ayuda»⁶⁹ y, por último, no se trata

⁶⁸ STJUE, de 5 de junio de 2012, C-489/10, caso *Bonda*, ECLI: EU: C:2012:319.

⁶⁹ *Ibid*, párrafo 40. sobre los criterios de *Engel* ver la contribución de A. M. MAUGER en este volumen

de una medida severa, ya que solo priva al agricultor de la perspectiva de obtener ayuda⁷⁰.

Aunque esta decisión muestra una convergencia positiva entre la jurisprudencia del TJUE y la del TEDH, es bastante sorprendente que el Tribunal de Justicia —a diferencia del Abogado General *Kokott*— no se ha referido ni al artículo 50 del CDF ni al artículo 54 del CAAS.

Por el contrario, el principio de *ne bis in idem* se examina desde la perspectiva del artículo 50 del CDF en el asunto *Fransson* (2013)⁷¹, en el que el Tribunal de Justicia evalúa si el artículo 50 CDF impide que un Estado miembro imponga a la misma persona una sanción fiscal (no penal) y una sanción penal. El Tribunal de Justicia sostiene que el artículo 50 del CDF sólo se aplica si los dos procedimientos relativos a los mismos hechos son de naturaleza penal. Al igual que en *Bonda*, el Tribunal también recuerda que la valoración de si una conducta es «criminal» y, por lo tanto, apta para desencadenar el principio *ne bis in idem*, se hará sobre la base de los criterios de *Engel*. Sin embargo, mientras que en *Bonda* las sanciones en cuestión se encontraban en la legislación de la UE, en *Fransson* todas las disposiciones pertinentes son nacionales: por lo tanto, a diferencia de *Bonda*, el Tribunal no procede a la aplicación de los criterios de *Engel* a los procedimientos en cuestión, sino que más bien recuerda que la posible naturaleza penal de las sanciones fiscales debe ser evaluada por las autoridades nacionales competentes⁷². Por lo tanto, cuando se cumple la condición establecida en el artículo 51, apartado 1, del CDF, como en el caso *Fransson*⁷³, las autoridades nacionales están *obligadas a dejar de aplicar* la legislación nacional incompatible con el derecho fundamental de la UE, *ne bis in idem*, si consideran que en el caso que tienen ante sí existe el riesgo de su violación⁷⁴.

Recientemente se ha pedido al Tribunal de Justicia que se pronuncie de nuevo sobre este asunto. Las cuestiones prejudiciales han sido planteadas por las autoridades italianas y se referían a la compatibilidad con el artículo 50 del

⁷⁰ STJUE, caso *Bonda*, párrafos 37-45.

⁷¹ STJUE, de 26 de febrero de 2013, C-617/10, caso *Akerberg Fransson*, ECLI: EU: C:2013:105.

⁷² *Ibid.*, párrafo 32-37.

⁷³ De conformidad con el artículo 51, apartado 1, de la CDF, «Las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados Miembros solo cuando están aplicando la legislación de la Unión Europea. [...]» (énfasis añadido). A ese respecto, el TJUE afirma que «las sanciones fiscales y los procedimientos penales por evasión fiscal, como aquellos a los que el acusado en el procedimiento principal ha estado o está sujeto porque la información sobre el IVA que se proporcionó era falsa, constituye la aplicación de los artículos 2, 250, apartado 1, y 273 de la Directiva 2006/112 [...] y del artículo 325 TFUE y, por lo tanto, de la legislación de la Unión Europea, a los efectos del artículo 51, apartado 1 [...]» (STJUE, caso *Akerberg Fransson*, párrafo 27; Énfasis añadido). Para mayor profundidad sobre el tema, vid. apartado de A. LUCIFORA.

⁷⁴ STJUE, caso *Akerberg Fransson*, párrafo 45.

CDF de la legislación nacional relativa a la acumulación de sanciones administrativas y penales en caso de *impago* del IVA. En *Orsi y Baldetti* (2017), sin embargo, el Tribunal ha observado que no se plantean problemas, ya que la sanción administrativa afectaba a una empresa, mientras que el proceso penal se había iniciado contra personas físicas, a pesar de que estas personas eran los representantes legales de las empresas⁷⁵. Por lo tanto, el artículo 50 no se aplica, ya que el *ne bis in idem* sólo entra en juego cuando la persona implicada en los procedimientos penales y *administrativos es la misma*.

En cuanto al Consejo de Europa, el TEDH, en el caso *Grande Stevens y otros v. Italia* (2014)⁷⁶, se ha ocupado de la posible violación del principio de *ne bis in idem* en el supuesto de sanciones administrativas y penales concurrentes. Los acusados habían sido sancionados, en primer lugar, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de Italia (CONSOB) y, en segundo lugar, fueron procesados por los mismos hechos. Aplicando los criterios de *Engel*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los procedimientos ante el CONSOB implicaban una «acusación penal» a efectos del artículo 6 del CEDH; por lo tanto, debería haberse aplicado el artículo 4 del Protocolo n.º 7⁷⁷.

Debido a que las autoridades nacionales fueron llamadas a juzgar los mismos hechos ya sancionados por la CONSOB y dado que no detuvieron los procedimientos, la Corte concluyó que se había producido una violación del artículo 4 del Protocolo N.º 7. El razonamiento del Tribunal de Estrasburgo se basa en gran medida en el asunto *Zolothukin*, en el que se estableció la interpretación que debía adoptarse al evaluar el elemento «*idem*». El TEDH también recuerda el caso *Fransson*, sólo para aclarar que es cierto que el Tribunal de Justicia ha «permitido» la concurrencia de sanciones fiscales y penales, pero esto sólo se considera admisible cuando las primeras no tienen carácter penal⁷⁸.

Sin embargo, la decisión más reciente del Tribunal de Estrasburgo publicada corre el riesgo de poner en peligro la convergencia entre los Tribunales europeos, porque la Gran Sala parece haber cambiado parcialmente su posición sobre la aplicabilidad del *ne bis in idem* en las circunstancias analizadas.

⁷⁵ STJUE, de 5 de abril de 2017, asuntos acumulados C-217/15 y C-350/15, caso *Orsi and Baldetti*, ECLI: EU: C:2017:264.

⁷⁶ STEDH, de 4 de marzo de 2014, caso *Grande Stevens and Others v. Italy*.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafos 94-101 y párrafo 222.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 229.

En el asunto *A. and B. v. Noruega* (2016)⁷⁹, relativo al ámbito de las infracciones fiscales, el Tribunal ha afirmado que,

«Los Estados deberían poder elegir legítimamente *respuestas jurídicas complementarias* a conductas socialmente ofensivas (como el impago o la evasión de impuestos) *mediante diferentes procedimientos que formen un todo coherente* para abordar los diferentes aspectos del problema social de que se trate, siempre que las respuestas jurídicas acumuladas no representen una carga excesiva para la persona de que se trate»⁸⁰.

Por lo tanto, no se produce una violación del artículo 4 del Protocolo n.º 7 en el caso de que exista «un *sistema integrado que permita abordar los diferentes aspectos de la infracción* de manera previsible y proporcionada, formando un *todo coherente*, de modo que el «»individuo en cuestión no se vea por ello sometido a la injusticia»⁸¹. Entre los distintos procedimientos relativos a la misma persona debería haber «una relación *suficientemente estrecha* [...] *en cuanto al fondo y en cuanto al tiempo*»⁸², y el Tribunal de Justicia enumera a continuación algunos factores para determinar si existe una relación *suficientemente estrecha en cuanto al fondo*⁸³. En cuanto a la *conexión del tiempo*, la Corte deja claro que dicha conexión debe ser «*lo suficientemente cercana* como para proteger al individuo de *la incertidumbre y el retraso* y de que los procedimientos se prolonguen en el tiempo»⁸⁴. Es evidente que la sentencia en los asuntos *A. and B.* es contraria a la jurisprudencia anterior de los dos Tribunales, aunque parece estar en consonancia con las decisiones nacionales de algunos Estados Miembros, como se verá en las secciones siguientes.

⁷⁹ STEDH, de 15 de noviembre de 2016, *A. and B. v. Norway*. Hasta el momento, es una pregunta abierta si el Tribunal de Justicia adoptará la misma postura que el TEDH, ya que las decisiones sobre los casos c-524/15 (*Menci*), C-537/16 (*Real Estate SA and others*) y Asuntos Acumulados C-596/16 y C-597/16 (*Di Puma and Zecca*) están pendientes.

⁸⁰ *Ibid*, párrafo 121. Énfasis añadido.

⁸¹ *Ibid*, párrafo 122. Énfasis añadido.

⁸² *Ibid*, párrafo 125. Énfasis añadido.

⁸³ Incluyen: «—si los diferentes procedimientos persiguen propósitos complementarios y, por lo tanto, abordan, no sólo en *abstracto* sino también en *concreto*, *diferentes aspectos de la mala conducta social involucrada*; — si la dualidad de los procedimientos en cuestión es una consecuencia previsible, tanto en la ley como en la práctica de la misma conducta impugnada (*idem*); — si ambos procedimientos se llevan a cabo de manera que se *evite en la medida de lo posible cualquier duplicación en la recopilación, así como la valoración de la prueba*, especialmente a través de una interacción adecuada entre las diversas autoridades competentes para lograr que los hechos que se establezcan en uno también puedan ser usados en el otro; —y, sobre todo, la sanción impuesta en los procedimientos que *se vuelven definitivos en primer lugar se tiene en cuenta en los que se vuelven definitivos en último lugar*, a fin de evitar que el individuo al final se vea obligado a soportar una carga excesiva [...]» (*Ibid*, párrafo 132; énfasis añadido).

⁸⁴ *Ibid*, párrafo 135. Énfasis añadido.

Sección II. Dimensión comparativa

1. INTRODUCCIÓN: *NE BIS IN IDEM* COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL

En la sección anterior se ha aclarado que el derecho al *ne bis in idem* puede tener una dimensión doméstica o transnacional. Esta distinción es crucial para el siguiente análisis, que pretende, en primer lugar, señalar el *ius commune* resultante del cumplimiento de las obligaciones supranacionales por parte de los Estados Miembros. El apartado 2 se centra, por tanto, en el impacto de la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 54 del CAAS en los sistemas nacionales (dimensión *transnacional*). Por lo que se refiere a la parte *nacional*, se ha observado que varias decisiones del TEDH, así como diversas sentencias del Tribunal de Luxemburgo, tratan la cuestión de los procedimientos administrativos y penales concurrentes. Dado que la cuestión sigue siendo muy polémica a nivel nacional, se aborda con más detalle en la sección III del presente capítulo.

En segundo lugar, el párrafo 3 de esta sección profundiza en las tendencias comunes ya a nivel nacional, *independientemente de la jurisprudencia y la legislación europea*. En particular, el resumen comparativo se ocupa de la interpretación nacional del concepto de *bis* (dimensión *nacional*). No se han encontrado tendencias comunes con respecto a la noción de *idem*, que por lo tanto se discute entre las «cuestiones pendientes» de la sección III.

Como premisa, cabe señalar que el *ne bis in idem* es un principio fundamental en los siete países en cuestión, aunque no está consagrado en sus Constituciones. La única excepción es Alemania, cuyo artículo 103, apartado 3, de la Constitución establece que «nadie podrá ser castigado por el mismo acto más de una vez en virtud de las leyes penales generales».

En Alemania, el *ne bis in idem* se considera una garantía de la libertad individual y también se basa en la dignidad humana⁸⁵. La doctrina danesa considera el *ne bis in idem* como un «principio fundamental del estado de derecho»⁸⁶ y el Tribunal de Casación italiano lo define como una «norma fundamental de los derechos civiles y políticos del individuo», así como una «norma que protege el prin-

⁸⁵ E. SCHMIDT-ABMANN, «Art. 103», T. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.), *Grundgesetz kommentar*, Munich, CH Beck Verlag, mn. 260.

⁸⁶ V. GREVE *et al.*, *Kommenteret straffelov. Almindelig del.*, DJOF, 2013, p. 194.

«principio de seguridad jurídica»⁸⁷. Lo mismo ocurre con Inglaterra y Gales⁸⁸, Polonia⁸⁹, Francia⁹⁰ y España⁹¹. En este último país, el *ne bis in idem* está comprendido en el artículo 25 de la Constitución, dedicado al principio de legalidad, y también está entrelazado con el principio de proporcionalidad⁹². También en las últimas decisiones del Consejo Constitucional francés, la cuestión del riesgo de doble incriminación se aborda en la perspectiva del artículo 8 de la Declaración de los derechos humanos y civiles del 26 de agosto de 1789⁹³, que se refiere a la necesidad y la proporcionalidad de la pena⁹⁴. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Polonia también ha abordado las cuestiones de proporcionalidad en el marco de sus decisiones sobre sanciones administrativas y penales concurrentes⁹⁵.

2. IUS COMMUNE POR DEFECTO: ARTÍCULO 54 DEL CAAS Y EL SISTEMA TRANSNACIONAL *NE BIS IN IDEM*

El artículo 54 del CISA es vinculante en los siete países, incluyendo –hasta el momento– Reino Unido. De conformidad con el artículo 4 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la UE, Reino Unido e Irlanda solicitaron participar en algunas disposiciones del *acervo*, incluidos los artículos 54 a 58 del CAAS. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, Reino Unido notificó su deseo de retirarse de numerosas medidas relativas al ELSJ

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Casación de Italia, Pleno, de 28 de junio de 2005, caso *Donati*, N. 34655.

⁸⁸ De acuerdo con el documento de consulta de 2001 de la Comisión de Derecho sobre doble incriminación, el derecho a *ne bis in idem* se considera como una «regla básica» (http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc267_Double_Jeopardy_Report.pdf, última entrada el 16 de julio de 2017, p. 7). sin embargo, la Ley de justicia penal de 2003 introdujo algunas disposiciones sobre el nuevo juicio, que representan una excepción significativa a esta regla. Se entenderá que las referencias adicionales al Reino Unido se refieren únicamente a los sistemas de justicia penal inglés y galés.

⁸⁹ Vid. artículo 17, apartado 1, del Código Procesal Penal polaco

⁹⁰ La figura del *ne bis in idem* se puede encontrar en varios artículos del Código Procesal Penal Francés, como el artículo 6 («La acusación pública por la imposición de una pena se extingue por [...] el efecto de cosa juzgada») y el 368 («ninguna persona legalmente absuelta puede ser arrestada o acusada nuevamente por los mismos hechos, incluso bajo una calificación diferente»).

⁹¹ Sentencia Tribunal Constitucional Español, de 30 de junio de 1981, n. 2/1981

⁹² Sentencias del Tribunal Constitucional Español, n. 154/1990 (15 de octubre de 1990) y n. 177/1999 (11 de octubre de 1999). Sobre proporcionalidad, vid. también las contribuciones de A. NIETO MARTÍN y V. SCALIA en este volumen.

⁹³ La Declaración del artículo 8 dice lo siguiente: «La Ley debe prever solo los castigos que sean estricta y evidentemente necesarios [...]». La Declaración tiene un estatus constitucional desde una decisión del Consejo Constitucional de 1971.

⁹⁴ Decisión del Consejo Constitucional francés, de 18 de marzo de 2015, n. 2014-453/454 QPC y 2015-462 QPC (n. 19). El Consejo Constitucional ha adoptado el mismo razonamiento en muchos juicios posteriores.

⁹⁵ Vid. sección III, párrafo 3.1 de este capítulo.

y de quedar vinculado por un puñado de ellas, *incluidos los artículos 54 a 58 del CAAS*, de conformidad con el artículo 10 del Protocolo N. 36 del Tratado.

Reino Unido es uno de los países en los que la aplicación transnacional del *ne bis in idem* deriva directamente del artículo 54 del CAAS, que no se ha reproducido en los estatutos nacionales. Lo mismo ocurre con España, Italia y Alemania. En Dinamarca, Francia y Polonia, por el contrario, se han adoptado disposiciones nacionales para regular el principio *ne bis in idem* en su dimensión comunitaria.

En este contexto, es interesante señalar que los principios establecidos por el Tribunal de Justicia se aplican ampliamente en los siete países, aunque algunas cuestiones siguen siendo controvertidas. En particular, la interpretación *idem* como *idem factum* no siempre es bien recibida por las autoridades nacionales, por lo que se aborda entre las «cuestiones pendientes» de la sección III.

La necesidad de que la decisión extranjera se ocupe del *fondo* del asunto ha sido subrayada, entre otros, por los tribunales polacos e italianos. De hecho, según el Tribunal Supremo polaco, una sentencia extranjera es un obstáculo para continuar el procesamiento en Polonia cuando resuelve sustancialmente la cuestión de la responsabilidad⁹⁶. En Italia, el Tribunal de Casación también ha afirmado que el artículo 54 del CAAS se aplica cuando la decisión extranjera se refiere al fondo del asunto⁹⁷; este no es el caso, por ejemplo, cuando dicha decisión es una orden «*non-lieu*»⁹⁸. Del mismo modo, el *ne bis in idem* no se aplica cuando la sentencia dictada en el extranjero es equivalente a la «*archiviazione*» italiana⁹⁹, a menos que el interesado demuestre que dicha resolución ha valorado el fondo del asunto¹⁰⁰.

En la doctrina alemana se sigue debatiendo qué decisiones extranjeras entran en el ámbito de aplicación del artículo 54 del CAAS y deben ser reconocidas como procedimientos penales prohibidos en Alemania. En un princi-

⁹⁶ Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2006 r., sygn. Akt IV KO 22/05, OSNKW 2006, nr 7-8, poz. 75; wyrok Sadu Najwyższego z dnia 29 marca 2011 r., sygn. Akt III KK 365/10 OSNKW 2011, nr 7, poz. 58. Estas decisiones dejan en claro que la prohibición adjunta al *ne bis in idem* transnacional se aplica solo cuando se cumplen otras dos condiciones: a) la sentencia extranjera finalmente termina el proceso; b) la sanción se ejecutó o no fue posible ejecutarla debido a problemas legales en el estado que enjuició.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Casación de Italia, Sala VI, de 14 de junio de 2014, N. 1695.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Casación de Italia, Sala II, de 8 de mayo de 2014, N. 22566.

⁹⁹ Cuando finalizan las investigaciones y el fiscal cree que el delito debe ser juzgado, el fiscal italiano no puede abandonar el caso, pero debe solicitar al juez las investigaciones preliminares para tal decisión («*archiviazione*»).

¹⁰⁰ Vid. entre otros, Sentencia del Tribunal de Casación de Italia, sala II, de 4 de diciembre 2014-28 de junio 2015, N. 4115

pio, se podía observar que los tribunales alemanes siguieron una interpretación bastante restrictiva del artículo 54 del CAAS (es decir, menos favorable a la integración europea) y se volvieron más abiertos, cuando empezaron a ser dirigidos por las sentencias del TJUE¹⁰¹. Con respecto al caso inverso, también existe incertidumbre a la hora de determinar cuál de las diversas «decisiones judiciales» que se pueden adoptar en virtud del Código Procesal Penal Alemán puede considerarse «definitiva». Con respecto a esto, es interesante observar que una de las decisiones francesas más emblemáticas sobre el *ne bis in idem* transnacional es el caso *Krombach*, en el que el Tribunal de Casación sostuvo que la decisión de no enjuiciar de las autoridades alemanas no puede considerarse una decisión definitiva y, por lo tanto, no podía impedir que se siguieran enjuiciando los mismos hechos en Francia¹⁰².

Por último, se ha considerado que la cláusula de ejecución sigue siendo válida en todas partes. Por ejemplo, los tribunales italianos sostienen que el *ne bis in idem* transnacional de conformidad con el artículo 54 del CAAS se aplica cuando se cumple la condición de ejecución¹⁰³. Asimismo, el Tribunal Supremo de Polonia ha dictaminado que uno de los requisitos para que una decisión final extranjera prohíba el posterior enjuiciamiento en Polonia es que la sanción haya sido ejecutada o no haya sido posible ejecutarla debido a cuestiones jurídicas en el Estado que condena¹⁰⁴.

La cuestión de si la condición de ejecución podía mantenerse a pesar del artículo 50 del CDF adquirió gran relevancia, especialmente en la práctica alemana. En diferentes casos, de hecho, se planteó la cuestión de si las autoridades alemanas podían procesar a personas que ya habían sido juzgadas por crímenes nazis en otros países de la UE (en su mayoría en *ausencia*). Resultó que las sentencias extranjeras no podían ser ejecutadas allí, porque los autores escaparon de la justicia o al menos dudaban de que las sentencias (dictadas hace mucho tiempo) todavía pudieran ser ejecutadas. En estos casos, los tribunales alemanes se abstuvieron de plantear una cuestión prejudicial al TJUE, pero en cambio decidieron denegar la supresión de la condición de ejecución a la luz del artículo 50 del CDF y se mostraron partidarios de la posibilidad de

¹⁰¹ Vid. T. WAHL, *Das EU-weite Verbot der strafrechtlichen Doppelverfolgung – Aktuelle Tendenzen des EuGH zur Auflösung eines Konflikts zwischen Freiheit und Sicherheit, en Herausforderungen für das Recht der zivilen Sicherheit in Europa*, F. SCHNEIDER y T. WAHL, (eds.), Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 49.

¹⁰² Sentencia del Tribunal de Casación francés, Sala de lo penal, de 2 de abril de 2014, Recueil Dalloz, 2014, p. 1128.

¹⁰³ Vid. Sentencia del Tribunal de Casación de Italia, Sala VI, de 25 de septiembre de 2014, n. 1695.

¹⁰⁴ Para referencias a la jurisprudencia polaca al respecto, vid. nota a pie de página 96.

que se siguiera enjuiciando los presuntos Crímenes nazis en Alemania¹⁰⁵. Es evidente que esta interpretación de la condición de ejecución debe ser considerada como una solución pragmática y políticamente motivada para cerrar una brecha de flagrante «injusticia».

En conclusión, el artículo 54 del CAAS, tal como lo interpreta el TJUE, se aplica en los siete países analizados, y en algunos Estados Miembros su contenido se ha incluido en los códigos nacionales. Aunque la jurisprudencia de Luxemburgo no ha sido aceptada directamente por todos los estados, especialmente en lo que se refiere a la noción de *idem*, existe un consenso sobre el hecho de que la decisión extranjera debe abordar el fondo del asunto. Por otra parte, aunque el artículo 50 CDF podría sugerir que la cláusula de ejecución ya no es necesaria para el principio de doble imposición a escala de la UE, cabe señalar que los Estados Miembros, respaldados por el Tribunal de Justicia, siguen exigiendo que se cumpla dicha condición. Aparte de sus implicaciones legales, esta interpretación tiene un claro *significado político*. Wasmeier ha argumentado que, en un espacio común de libertad, seguridad y justicia, «el enfoque obvio sería utilizar en primer lugar todos los medios de cooperación judicial para la ejecución de una sentencia existente, en lugar de permitir múltiples enjuiciamientos»¹⁰⁶; sin embargo, los Estados Miembros todavía no están preparados para dar ese salto adelante. Por lo tanto, no es de extrañar que deseen conservar su facultad de perseguir y sancionar al acusado que no haya cumplido la pena dictada por una autoridad judicial extranjera, haciendo caso omiso de la innovación que representa el artículo 50 del CDF.

3. TENDENCIAS COMUNES EXISTENTES/EMERGENTES: LA NOCIÓN DE BIS A NIVEL NACIONAL

Según el TJUE, la primera cuestión a la que debe hacer frente una autoridad judicial en los posibles casos de *ne bis in idem* transnacional es, si la sentencia dictada en otro Estado miembro puede considerarse firme en *ese mismo Estado miembro*¹⁰⁷. En otras palabras, también para la aplicación del *ne bis in idem* en casos transfronterizos, es de suma importancia una comprensión clara de lo que se entiende por «decisión final» ya a nivel nacional. Por lo tan-

¹⁰⁵ Vid. la decisión del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, informes de casos en materia penal BGHSt 56, p. 11.

¹⁰⁶ M. WASMEIER, *Ne bis in idem and the enforcement condition. Balancing Freedom, Security and Justice?*, *NJECL*, 2014, p. 546.

¹⁰⁷ Vid. sección I, apartado 2.1 de este capítulo.

to, el efecto preclusivo de algunos tipos de decisiones a *nivel nacional* es objeto del análisis de seguimiento.

Mientras que las sentencias absolutorias o condenatorias definitivas pueden –como es lógico– impedir que se siga adelante con el enjuiciamiento por los mismos hechos en todos los países analizados, las decisiones de «*non lieu*» no tienen el mismo efecto en la mayoría de los siete Estados Miembros, ya que estas decisiones pueden revocarse a petición del fiscal cuando se descubren nuevos elementos de prueba (como en Italia y Francia)¹⁰⁸. En Dinamarca, la decisión tomada por la policía o el fiscal de no procesar puede ser ratificada por el fiscal de rango superior en un plazo de dos meses. Después de esto, la decisión puede ser cambiada si se revelan nuevas pruebas sustanciales. En Reino Unido, los procedimientos de encarcelamiento solían tratar la cuestión de si existían «pruebas suficientes para que una causa llegara a juicio»¹⁰⁹, pero ahora se centran en determinar si debe celebrarse un juicio sumario o un juicio con acusación. En el pasado, sin embargo, la puesta en libertad en el momento del juicio no permitía que el acusado se basara en el principio de la doble incriminación¹¹⁰. Además, la decisión de la Fiscalía General de poner fin a las actuaciones judiciales no desencadena el *ne bis in idem*¹¹¹.

Los efectos de *res judicata* se reconocen al equivalente español de las decisiones *non-lieu*, con las siguientes peculiaridades. En España, el «sobreseimiento» es una forma de terminar el procedimiento antes del juicio, similar a una absolución. Puede ser provisional o definitiva; si es definitiva –y sólo en este caso– puede ser procesada por el mismo delito. Se puede adoptar un *sobreseimiento* cuando: i) no hay pruebas suficientes de que el delito se haya cometido indudablemente; ii) los hechos no constituyen un delito; y iii) el acusado o los cómplices parecen estar exentos de responsabilidad penal (incluso cuando el delito ha prescrito y la responsabilidad penal ya se ha extinguido por otras razones).

Alemania prevé una regulación más compleja de la cuestión, pero en general parece estar en consonancia con la posición de Italia, Francia, Reino

¹⁰⁸ Para Francia, vid. artículos 188-190 del Código Procesal Penal. En Italia, el asunto sigue siendo polémico. La decisión del juez para la audiencia preliminar de que no hay motivos para remitir un caso a un tribunal de primera instancia (*sentenza di non luogo a procedure*) a veces se considera suficiente para desencadenar la aplicación de *ne bis in idem* (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de junio de 1995, n. 27; Sentencia del Tribunal de Casación, del Pleno, de 23 de febrero de 2000, n. 8).

¹⁰⁹ T. CHRISTOU, *Committal Proceedings under the English Criminal Justice System* (traducido y publicado en italiano, *Il progressivo abbandono dei «Committal Proceedings» nella procedura penale inglese*), *Criminalia*, 2015, pp. 89-90.

¹¹⁰ Vid. D. ORMEROD, D. PERRY, P. MURPHY y J. PHILLIPS (editores), *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, OUP, 2016, p. 1642.

¹¹¹ Ídem.

Unido y Dinamarca. Aunque se basa en el principio del enjuiciamiento obligatorio, el sistema de justicia penal alemán permite que un fiscal no presente una acusación. Las disposiciones pertinentes se encuentran principalmente en los artículos 153-154.f del Código Procesal Penal alemán («prescindir de las acciones judiciales»). El principio general es que debe evaluarse para cada disposición si las decisiones tienen o no efectos de cosa juzgada. En la mayoría de los casos, las consecuencias no están claramente establecidas en la ley y a menudo son muy discutidas entre académicos y tribunales. Por ejemplo, el artículo 153.a permite prescindir de las acciones judiciales si: el delito es un delito menor, la culpabilidad de la presunta persona es bastante baja y el interés público en el enjuiciamiento puede satisfacerse cumpliendo condiciones o instrucciones impuestas por el fiscal, como el pago de dinero a una organización sin ánimo de lucro o la indemnización. En este caso, la disposición legal dice que el delito sólo puede ser perseguido si se evalúa como un delito grave. Sin embargo, se discute si la reapertura del caso sólo es posible si se han presentado o no nuevos hechos o pruebas (de delito grave), es decir, si una mera interpretación errónea por parte del fiscal es suficiente para reabrir el proceso.

Más en general, cabe señalar que, de conformidad con la aplicación del artículo 153.a, la persona puede encontrarse en peor situación en un caso puramente nacional que en uno transnacional: en un caso nacional, el autor puede ser tratado de nuevo por el mismo delito si el delito es más grave. Por el contrario, el Estado no podría enjuiciar el delito como delito grave si en otro Estado miembro el acto delictivo ya hubiera sido tipificado como delito menor y ese Estado miembro no prevé la posibilidad de reabrir el caso o deniega la reapertura en caso de que se sospeche que se ha cometido un delito grave.

El artículo 153.a del Código alemán se ocupa de los asuntos que se encuentran entre las resoluciones «*non lieu*» y los *acuerdos extrajudiciales*. Acuerdos similares se encuentran, por ejemplo, en Dinamarca, donde las multas compuestas emitidas por la autoridad policial pueden ser ratificadas por el fiscal de rango superior en un plazo de dos meses. Después de esto, la multa impuesta es definitiva y sólo puede cambiarse en circunstancias limitadas. Por ejemplo, cuando la decisión fue causada por perjurio, documentos falsos, etc. En Francia, los acuerdos extrajudiciales tienen las siguientes peculiaridades. En general, si el fiscal considera que la acción es inadmisibile y decide abandonar el caso (*classement sans suite*), esta decisión no impide que se siga adelante con el proceso. Si considera más apropiado adoptar otras respuestas ante el delito, algunas de ellas requerirán autorización judicial y, por lo tanto, se aplicarán las normas ordinarias sobre *ne bis in idem*. En cambio, otras decisiones,

como la *transacción* y la *mediación*, se adoptan sin la participación de la Corte y excluyen la posibilidad de que se inicien nuevas acciones judiciales¹¹².

En general, se puede encontrar una situación similar en Reino Unido. Según las leyes penales inglesas y galesas, cuando expira un acuerdo de enjuiciamiento diferido, los procedimientos originales sobre esos hechos «deben ser suspendidos por el fiscal»¹¹³. Por consiguiente, no se puede incoar un nuevo proceso penal contra la misma persona por el mismo delito o delitos¹¹⁴. Sin embargo, a diferencia del acuerdo en *Gozütok y Brügge*, el acuerdo de enjuiciamiento diferido debe ser aprobado por el Tribunal Superior de lo Penal.

Los acuerdos entre el fiscal y el acusado sí requieren de la participación de los tribunales de Italia (*patteggiamento* o *applicazione della pena su richiesta delle parti*) y de España. En ambos países, por lo tanto, la decisión adoptada al término de estos procedimientos impide que se siga adelante con el enjuiciamiento por los mismos hechos que una sentencia ordinaria¹¹⁵.

Por último, en Dinamarca, Alemania, Italia y España la protección vinculada al *ne bis in idem* puede invocarse también cuando los procedimientos anteriores sobre los mismos hechos hayan concluido con una resolución absolutoria del acusado por haber *prescrito* el enjuiciamiento del delito¹¹⁶. En principio, lo mismo ocurre con Francia, aunque el Tribunal de Casación haya adoptado a veces una postura diferente¹¹⁷. Sin embargo, si se producen circunstancias posteriores que agravan la naturaleza del delito, en Francia, se puede incoar la acción judicial por el delito más grave cuyo plazo de prescripción aún no ha expirado¹¹⁸. En Reino Unido, no existe un plazo de prescripción legal para los delitos –con excepciones limitadas–, por lo que el problema no se plantea.

En conclusión, la cuestión de lo que entra dentro de la noción de «bis» es tratada por los países, anteriormente analizados, de diferentes maneras, aunque se puede percibir ciertas tendencias que tienen en común.

¹¹² Sin embargo, debe señalarse que se impiden nuevos enjuiciamientos porque esas decisiones extinguen la acción del Fiscal, de modo que el asunto no se considera bajo una perspectiva del *ne bis in idem* adecuada.

¹¹³ Ley de delitos y tribunales de 2013, anexo 17, parte 11.1.

¹¹⁴ Ley de delitos y tribunales de 2013, anexo 17, parte 11.2. Los delitos en relación con los cuales puede celebrarse un acuerdo de enjuiciamiento diferido son limitados, pero la mayoría de los delitos relacionados con el fraude se incluyen entre ellos.

¹¹⁵ Para Italia, vid.: Sentencia del Tribunal de Casación, Sala V, 29 de junio de 1992, caso *Rapelli*; Sentencia del Tribunal de Casación, Sala V, 6 de diciembre de 1993, caso *Andretta*; Vid. también G. GIANI, «Article 649», en *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, G. LATTANZI y E. LUPO (eds.), Milán, Giuffrè, 2012, p. 54.

¹¹⁶ En España, este es el caso del «sobreseimiento» definitivo mencionado anteriormente.

¹¹⁷ Vid. Crim. 19 de marzo de 2008, n. 73.

¹¹⁸ B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25 ed., París, Dalloz, 2016, p. 1039.

No se han señalado problemas graves en relación con el efecto preclusivo de las absoluciones o condenas pronunciadas al final de un juicio ordinario. Otra tendencia común se observa en las órdenes *non lieu* que, en los casos donde están previstas, no equivalen a decisiones definitivas, ya que, en principio, pueden revocarse a petición del fiscal, con algunas excepciones (como en España). En este contexto, también se ha puesto de relieve la paradoja alemana, explicando por qué una persona puede estar en peor situación en un caso puramente nacional que en uno transnacional. Además, existe una convergencia en cuanto al efecto preclusivo de las absoluciones basado en la prescripción del delito, aunque Francia y especialmente Reino Unido tienen una posición algo peculiar en este contexto. Las cosas se complican más cuando se tienen en cuenta otras decisiones. Por ejemplo, los acuerdos extrajudiciales están regulados de manera diferente en los siete Estados Miembros. En la medida de lo posible, los acuerdos entre el fiscal y el acusado deben ser autorizados por el tribunal (como en España e Italia), para que puedan considerarse a todos los efectos decisiones judiciales y en consecuencia, se apliquen las normas ordinarias sobre doble incriminación.

Sección III. Cuestiones pendientes

1. INTRODUCCIÓN

En la última sección de este capítulo se adopta, cuando es posible, un enfoque basado en casos concretos y se examinan algunas cuestiones pendientes relativas al *ne bis in idem*. Las sentencias que figuran en el apartado 2 se refieren en particular a la interpretación debatida de la noción de *idem*. El apartado 3 se refiere más bien al sector de las PIF y aborda, en primer lugar, la cuestión sumamente controvertida de la aplicabilidad del *ne bis in idem* en caso de procedimientos administrativos y penales concurrentes (apartado 3.1). En segundo lugar, en el apartado 3.2 se presentan algunas observaciones sobre la nueva dimensión esperada del *ne bis in idem* a la luz de la creación de la Fiscalía Europea (EPPO).

2. CUESTIONES NO RESUELTAS A NIVEL NACIONAL: LA NOCIÓN DE «ÍDEM»

Aunque los Tribunales europeos interpretan el elemento «*idem*» en relación con un conjunto de hechos intrínsecamente vinculados entre sí, indepen-

dientemente de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido, las autoridades judiciales nacionales siguen adoptando posturas diferentes al respecto. Las siguientes decisiones –con la excepción del alemán– se centran principalmente en el *ne bis in idem* en su *dimensión nacional*, aunque no se han encontrado diferencias significativas en cuanto a la interpretación del elemento «*idem*» cuando el principio en cuestión se refiere a casos transnacionales.

De acuerdo con los tribunales supranacionales, el concepto de *idem factum* se aplica en lugar del *idem crimen* tanto en Dinamarca y en Alemania. En este último país, el concepto de *idem* se define de forma diferente a como lo hace el TJUE. Según el concepto alemán, el «mismo acto» se define como toda la conducta del acusado –sobre la base de la experiencia natural– en la medida en que forma un proceso uniforme con el hecho histórico descrito en la acusación o en la decisión del tribunal penal de iniciar el juicio. La cuestión esencial es la evaluación del hecho histórico uniforme, que se basa en cuatro criterios: lugar del delito; momento del delito; objeto del delito; propósito y dirección de la agresión (*Angriffsrichtung*). Sin embargo, aunque el concepto del derecho alemán sobre *idem* es un poco más amplio que el de los tribunales europeos, las decisiones alemanas y europeas suelen tener los mismos resultados.

En este contexto, la decisión adoptada en el marco del asunto *Kretzinger* tras la sentencia del TJUE es bastante interesante. El Tribunal Federal Alemán asume la interpretación de «el mismo acto» propuesta por el TJUE, pero plantea dos cuestiones que –en su opinión– siguen siendo problemáticas. En primer lugar, si el Estado que juzgó por primera vez el asunto *no fue capaz de considerar ciertos eventos ocurridos en otros Estados Miembros de la UE*, debido a los límites de su jurisdicción (aunque el TJUE aplica el artículo 54 con independencia del interés jurídico protegido), ¿debe haber una excepción al concepto de *idem*? Es perfectamente concebible, por ejemplo, que durante el transporte de mercancías de contrabando a través de varios Estados Miembros de la UE no se puedan tener en cuenta todas las infracciones de los derechos fiscales de los Estados Miembros afectados en el Estado que trató el asunto por primera vez (por ejemplo, los impuestos especiales o los impuestos sobre el volumen de negocios, que no son impuestos vinculados a las importaciones o a las aduanas). El tema puede llegar a ser particularmente relevante en los *casos* de los PIF.

En segundo lugar, el Tribunal Federal se preguntaba si los hechos siguen siendo confusos si el cruce de las fronteras interiores del espacio Schengen *se interrumpe durante un tiempo*. En este caso, las pausas pueden llevar a diferentes cuestiones de hecho. El Tribunal sostiene que un transporte sucesivo puede no ser aceptado si los productos introducidos de contrabando son ocultos tempo-

ralmente y, por lo tanto, las mercancías «descansan» durante un cierto período de tiempo. Del mismo modo, el Tribunal parece no aceptar el elemento de «mismo acto» si la operación de transporte no estaba completamente clara al principio del viaje y hubo que tomar ciertas decisiones, por ejemplo con respecto a la ruta de transporte, o si los conductores tenían que esperar instrucciones de los comandantes.

Por otro lado, *el concepto normativo de idem* parece ser el adoptado en España y Reino Unido. En un caso que dio lugar a una famosa sentencia del Tribunal Constitucional español, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó a los acusados por el delito de usurpación de funciones. Los acusados habían ejercido la profesión de ópticos sin el título exigido. Aunque hubo una condena anterior por los mismos hechos, la excepción de *cosa juzgada* había sido desestimada por la Audiencia Provincial. La única diferencia entre la condena anterior y la causa pendiente ante el Tribunal se refería al *lugar* donde se llevaron a cabo las actividades delictivas (dos establecimientos diferentes). El Tribunal Constitucional debe determinar si se viola el principio *ne bis in idem* en circunstancias similares. El Tribunal dictaminó que la única diferencia relativa al establecimiento en el que tuvieron lugar las actividades delictivas no era suficiente para afirmar que se habían cometido dos delitos distintos, ya que el lugar no es un elemento relevante para este tipo de delito. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional sostuvo que los acusados debían ser absueltos debido a la aplicación del principio de *ne bis in idem*¹¹⁹.

La interpretación del *idem* como «*idem crimen*» también predomina en Inglaterra y Gales, con una importante excepción. Cabe señalar que en estos países la protección al derecho de *ne bis in idem* está garantizada de dos maneras. En primer lugar, por la llamada «regla de autorreflexión», que básicamente significa que «si el acusado ha sido previamente absuelto o condenado [...] por el mismo delito que el que se le imputa ahora»¹²⁰, su «motivo de autorreflexión» impedirá continuar el procesamiento. Segundo: «*existe la facultad discrecional de suspender el procedimiento*, lo que constituiría un abuso por parte del tribunal porque es injusto que el acusado deba ser procesado; además, en ausencia de circunstancias especiales, el tribunal está obligado a suspender el procedimiento cuando *el acusado ya haya sido absuelto o condenado (aunque por un delito diferente) por los mismos hechos o sustancialmente los mismos [...]*»¹²¹.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, n. 204/1996.

¹²⁰ Comisión de Derecho, *Doble Incriminación. Documento de consulta*, p. 7.

¹²¹ Ídem. Énfasis añadido.

El caso principal sobre *ne bis in idem* es el de *Connelly* (1964)¹²², en el que la Cámara de los Lores adoptó una interpretación del elemento *idem* que se basaba en la identidad de la calificación legal. El Sr. Connelly y otros tres acusados fueron absueltos primero por asesinato. el supuesto asesinato había ocurrido durante un robo a mano armada, por lo que también fueron acusados. A pesar de la absolución por asesinato, su afirmación de no ser procesados por los mismos hechos («motivo de autorreflexión») fue rechazada y fueron condenados por el otro delito. La Cámara de los Lores desestimó su recurso contra la condena y estableció los principios fundamentales relativos a la cuestión, resumiéndolos en nueve propuestas. En cuanto al elemento «*idem*», la decisión aclaró que:

«lo que hay que tener en cuenta es si el delito o la infracción imputada en la acusación posterior es el mismo, o está vigente o es sustancialmente el mismo que el delito imputado en la acusación anterior, siendo irrelevante que los hechos estén siendo examinados o los testigos que se están citando en procedimientos posteriores sean los mismos que en algunos de los procedimientos anteriores»¹²³.

En el caso del Sr. Connelly y los demás acusados, los hechos y las pruebas de los dos procedimientos eran efectivamente los mismos pero, a la luz del principio antes mencionado, la Cámara de los Lores rechazó su principio de *autrefois* y confirmó la condena.

En *Beedie* (1998)¹²⁴, el Tribunal de Apelación confirmó esta opinión en lo que respecta a la regla de autorreflexión, pero apoyó la interpretación opuesta (*idem factum*) con respecto a la discrecionalidad para suspender el procedimiento: así, «mientras que la regla de *autrefois* no protegía contra enjuiciamientos posteriores por un delito diferente y por los mismos hechos, el acusado en tal caso, en cambio, estaba protegido por la presunción de que el procedimiento debía suspenderse en ausencia de circunstancias específicas que lo justificaran»¹²⁵. Por lo tanto, esta decisión se ha comentado en el sentido de que «en tales circunstancias, el alegato de *autrefois* se ha convertido en realidad en una especie de abuso de proceso»¹²⁶.

Mientras que la jurisprudencia es incoherente en Polonia, donde el Tribunal Constitucional define el *idem* a veces como el mismo comportamiento, y a

¹²² Decisión de la Cámara de los Lores, caso *Connelly v. DPP* [1964] AC 1254.

¹²³ D. ORMEROD, D. PERRY, P. MURPHY y J. PHILLIPS (eds.), *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1641. Énfasis añadido.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal de Apelación, caso *Beedie* [1998] QB 356.

¹²⁵ Comisión de Derecho, *Doble Incriminación. Documento de consulta*, pp. 11-12.

¹²⁶ D. ORMEROD, D. PERRY, P. MURPHY y J. PHILLIPS (eds.), *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1641.

veces como la misma descripción del caso, en Italia y Francia las disposiciones legales sobre el *ne bis in idem* parecen estar en consonancia con las decisiones de los tribunales supranacionales, al menos sobre el papel. En efecto, en ambos países, el derecho en cuestión se aplica cuando se tiene en cuenta el «mismo hecho» («*medesimo fatto*»; «*mêmes faits*»), aun cuando en el segundo procedimiento se califique de manera diferente¹²⁷. Sin embargo, los tribunales han interpretado las disposiciones pertinentes de manera que se reintroduzca un elemento normativo.

En Francia, la redacción del artículo 368 del Código de Procesal Penal sugiere que el concepto de *idem* se refiere a los mismos hechos materiales, independientemente de su calificación¹²⁸. Sin embargo, los tribunales han adoptado a veces una interpretación del *ne bis in idem* que tiende al *idem crimen*, más que al *idem factum*, aunque tales decisiones han sido criticadas. Por ejemplo, en una decisión de 1983, el Tribunal de Casación francés dictaminó que la acusación por asesinato (*homicidio voluntario*) no estaba prohibida por una condena previa por *homicidio involuntario*¹²⁹. Sin embargo, en una sentencia más reciente, el Tribunal dictaminó que el acusado absuelto de acoso sexual no puede ser procesado de nuevo por el delito de agresión sexual en relación con los mismos hechos¹³⁰.

En Italia, según jurisprudencia reiterada, dos hechos son idénticos cuando existe un solapamiento total entre sus elementos: conducta, acontecimiento y causalidad¹³¹. Sin embargo, una reciente decisión del Tribunal Constitucional ha dado un paso adelante en la interpretación del «*idem*» tal y como ha sido establecido por los Tribunales Europeos, al revocar la jurisprudencia anterior¹³².

En el proceso que condujo a esta sentencia, 200 personas, empleados de la multinacional Eternit y residentes de las zonas adyacentes, murieron a causa de su exposición al amianto. Esto desencadenó dos series de procedimientos penales. En lo primero, el propietario de la empresa había sido procesado por delitos distintos del asesinato, como la *omisión de medidas de protección contra los accidentes de trabajo*. Los procedimientos se cerraron porque los crímenes habían prescrito. Posteriormente, los mismos hechos fueron tratados en una segunda serie de procedimientos («*eternity bis*»), pero esta vez el propietario fue procesado por *asesinato*. Esto fue posible porque, según la interpretación de los

¹²⁷ Vid. artículo 649.1 del Código Procesal Penal y el artículo 368 del Código Procesal Penal de Francia.

¹²⁸ Vid. B. BOULOC, *Procédure pénale*, p. 1043.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal de Casación francés, Sala de lo Penal, 19 de mayo de 1983 (vid. n. 149).

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Casación francés, Sala de lo Penal, 19 de junio de 2005 (vid. n. 25).

¹³¹ Sentencia Tribunal de Casación Italiano, del pleno, de 28 de junio de 2005, n. 34655, caso *Donati*.

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano, de 21 de julio de 2016, n. 200.

tribunales nacionales, la disposición del Código Procesal Penal sobre el *ne bis in idem* (artículo 649) limitaba el alcance del principio al mismo hecho «legal» (*idem crimen*) y no al mismo hecho «histórico» (*idem factum*). Por lo tanto, cuando se produce un «*concoures ideal de infractions*», es decir, cuando la misma acción u omisión implica dos (o más) delitos diferentes, aunque el acusado haya sido procesado por uno de esos delitos, será procesado también por el otro (o los otros). Así, en el caso *Eternit*, no hubo violación del principio *ne bis in idem*, a la luz de la diversidad formal entre las disposiciones penales de las dos series de procedimientos («asesinato» y «omisión de medidas de protección contra los accidentes de trabajo»). Sin embargo, el juez del segundo juicio pidió al Tribunal Constitucional que se pronunciara sobre la compatibilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos con el artículo 649 del Código Procesal Penal.

El Tribunal rechazó la interpretación establecida del artículo 649 del Código Procesal Penal, aceptando la lectura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y afirmando la ilegitimidad constitucional del precepto cuando se interpreta en el sentido de que excluye la violación del principio de *ne bis in idem* por el mero hecho de que existe un *concurso ideal* entre el delito sobre el que un tribunal ya ha decidido y el que trata otra autoridad judicial en un nuevo procedimiento.

En conclusión, mientras que el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a raíz de *Zolotukhin*) han afirmado constantemente que el concepto de «*idem*» debe interpretarse haciendo referencia a la identidad de los hechos, los sistemas nacionales no muestran el mismo grado de coherencia interna. Polonia es un claro ejemplo a este respecto, pero también los tribunales franceses no siempre se han ceñido al texto del Código Penal, que propone la noción de *idem factum*. Lo mismo ocurría en Italia, al menos hasta una sentencia muy reciente del Tribunal Constitucional. Mientras que las decisiones alemanas y danesas adoptan un enfoque basado en el *idem factum*, España y Reino Unido siguen teniendo –en principio– una posición contraria a los principios que rigen a nivel supranacional.

3. CUESTIONES NO RESUELTAS EN EL SECTOR DE LOS PIF

3.1 *Ne bis in idem* en caso de procedimientos administrativos y penales concurrentes

En el sector de los PIF, la aplicabilidad del *ne bis in idem* en caso de procedimientos administrativos y penales concurrentes es extremadamente deba-

tida y concierne a la *dimensión nacional* del principio en cuestión. La peculiaridad del tema en cuestión es que el *ne bis in idem* se tiene en cuenta en un contexto en el que también se trata de procedimientos no penales.

Entre los siete países de la UE analizados, el *ne bis in idem* se aplica entre las sanciones administrativas y penales en España, a pesar de que hay mucha discusión sobre el concepto de «sanción». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español reconoce la doctrina Engel para determinar tal concepto. Sin embargo, el *ne bis in idem* no tiene nada que ver con las sanciones disciplinarias, como las que se imponen a los funcionarios implicados en casos de fraude. Del mismo modo, una declaración de culpabilidad en un procedimiento disciplinario no equivale a una condena en Inglaterra y Gales, por lo que el acusado no puede invocar el principio *ne bis in idem* en estos casos¹³³. En términos más generales, la doble incriminación no se tiene en cuenta cuando una persona es objeto de un procedimiento penal y administrativo por los mismos hechos.

Los sistemas polaco y alemán se parecen al español. En Polonia, de hecho, no existen normas generales sobre la doble incriminación en relación con los procedimientos administrativos y penales concurrentes, que en principio se consideran regímenes separados. A lo largo de los años, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha elaborado el concepto de «ley represiva», es decir, una ley de carácter no penal, pero con cierto nivel de molestia para un individuo que la asemeja al derecho penal. Sin embargo, la jurisprudencia en la materia dista mucho de ser coherente. En términos generales, en la mayoría de los casos el Tribunal considera que la responsabilidad represiva administrativa y la responsabilidad penal concurrente infringen el principio de *ne bis in idem* y el principio de proporcionalidad. Pero las premisas no son claras, ya que el Tribunal define «*idem*» a veces como el mismo comportamiento, y a veces como la misma descripción del caso.

En cuanto a Alemania, el patrón es idéntico. En principio, el *ne bis in idem* no se aplica a los procedimientos administrativos y penales concurrentes, pero la jurisprudencia ha cambiado a lo largo de los años, especialmente a la luz de las sentencias de los tribunales europeos. La inaplicabilidad –en principio– del *ne bis in idem* en circunstancias similares se deriva de la Constitución, cuyo artículo 103 (3) establece que «nadie podrá ser castigado por el mismo hecho más de una vez en virtud de las *leyes penales generales*». Por lo tanto, se considera en general que las sanciones impuestas sobre la base del derecho

¹³³ D. ORMEFOD, D. PERRY, P. MURPHY and J. PHILLIPS (eds.), *Blackstone's Criminal Practice*, p. 1643.

disciplinario o de la Ley de infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), o por la policía en situaciones preventivas, no están sujetas a la norma de la doble incriminación. El derecho alemán sigue un enfoque más o menos «formal» a la hora de interpretar la noción «*en el marco del derecho penal general*», mientras que los tribunales europeos siguen un enfoque más «material». De hecho, al aplicar los criterios de Engel, las infracciones (*Ordnungswidrigkeiten*) también pueden considerarse «penales» en el sentido del artículo 6 del CEDH y a los efectos del artículo 4 del protocolo N.7 del CEDH (aunque Alemania todavía no ha ratificado el Protocolo). Sin embargo, es común en la doctrina alemana que, a pesar de las diferencias, el derecho de la UE y el derecho alemán puedan tener regularmente los mismos resultados.

En Francia se han adoptado soluciones similares a las de los tribunales alemanes y polacos, pero sobre la base de un razonamiento alternativo. En este Estado miembro, la cuestión del *ne bis in idem* se aborda a la luz del mencionado artículo 8 de la Declaración de 1789, que consagra el «*principe de nécessité des délits et des peines*» y el principio de proporcionalidad. En una decisión de marzo de 2015, después del caso *Grande Stevens*, el Consejo Constitucional sostuvo que el principio de necesidad de delitos y sanciones no representa un obstáculo para la incoación de procedimientos penales y administrativos por los mismos hechos cometidos por la misma persona, si las normas de los dos procedimientos son claramente distintas en lo que respecta a los intereses protegidos. No obstante, a la luz del principio de *proporcionalidad*, el total de las sanciones no excederá del importe más elevado previsto por la ley para una de ellas¹³⁴. Por lo tanto, el Consejo Constitucional derogó las disposiciones sobre el *abuso del mercado* debido a la aplicación de sanciones penales y administrativas concurrentes y obligó al Parlamento a modificar la legislación¹³⁵.

Sin embargo, a pesar de la combinación de sanciones penales y administrativas, el Consejo Constitucional validó inesperadamente las disposiciones sobre el *fraude fiscal*: en el caso *Cabuzac*, los procedimientos penales y administrativos se han considerado complementarios (y no concurrentes) con el fin de sancionar eficazmente los fraudes fiscales más graves¹³⁶. Esto parece estar en consonancia con la posición de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el reciente caso *A y B. v. Noruega*.

¹³⁴ Decisión del Consejo Constitucional de Francia de 18 de marzo de 2015, n. 2014-453/454 QPC y 2015-462 QPC (N. 19).

¹³⁵ Vid. Ley n. 819/2016 de 21 de junio de 2016 sobre abuso de mercado.

¹³⁶ Decisión del Consejo Constitucional de Francia, de 24 de junio de 2016, n. 2016-546 QPC.

A diferencia del Consejo Constitucional francés, el Tribunal Constitucional italiano aún no se ha pronunciado al respecto. En este país, el *ne bis in idem* no se aplica en caso de sanciones administrativas y penales concurrentes. Después del caso *Grande Stevens*, se ha pedido al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la compatibilidad con el CEDH y, por tanto, con la Constitución¹³⁷, del sistema italiano de responsabilidad penal y administrativo por delitos de abuso de mercado. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado inadmisibile la cuestión planteada¹³⁸. El Tribunal Constitucional se ha visto obligado recientemente a pronunciarse sobre un asunto similar, relativo al sistema italiano de responsabilidad penal y administrativa por delitos fiscales, pero la decisión aún no se ha adoptado¹³⁹.

Aunque hasta ahora, no hay una decisión clara del Tribunal Constitucional, cabe mencionar que una reciente sentencia del Tribunal de Casación parece haber abierto el camino para una declaración de ilegitimidad constitucional por parte del Tribunal Constitucional¹⁴⁰. En ese caso, S. A. fue absuelta de los delitos relacionados con el *impago del IVA* [Ley n.º 74/2000, artículo 10 *ter* (a) y (c)] porque ya se habían impuesto sanciones administrativas, y fueron consideradas penales por el juez de primera instancia de conformidad con los criterios de *Engel*. El fiscal apeló el caso ante el Tribunal de Casación, alegando que el juez había aplicado erróneamente el principio de *ne bis in idem* previsto en el artículo 649 del Código Procesal Penal italiano. En opinión del Ministerio Público, en efecto, corresponde al Tribunal Constitucional declarar la ilegitimidad constitucional de dicha disposición, pero el juez de primera instancia no planteó ninguna cuestión al Tribunal.

El Tribunal de Casación, recordando el caso *Grande Stevens*, afirmó que es correcto calificar de penales las sanciones administrativas impuestas a S. A. Sin embargo, el artículo 649 CPP había sido malinterpretado en el caso en cuestión. Según las «*decisiones gemelas*»¹⁴¹ del Tribunal Constitucional italiano, el juez nacional no puede aplicar las disposiciones nacionales contrarias al

¹³⁷ Dado que el respeto de las obligaciones derivadas de los convenios internacionales está consagrado en la Constitución (art. 117.1 Constitución), si una ley nacional viola esos convenios (como el CEDH), el Tribunal Constitucional debe declarar que esa ley es inconstitucional debido a la infracción del artículo 117 Constitución (vid. las llamadas «decisiones gemelas» del Tribunal Constitucional, núms. 348 y 349 de 2007).

¹³⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional, de 12 de mayo de 2016, n. 102/16.

¹³⁹ La cuestión ha sido tratada por el Tribunal de Monza, Sala de lo Penal, el 30 de junio de 2016, en el marco de los procedimientos penales relacionados con C. S. El delito en cuestión fue la falta de declaración del IVA.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Casación de Italia, Sala 3 de lo Penal, de 21 de abril de 2016, n. 25815, relatado en la sección III de este capítulo.

¹⁴¹ Vid. nota 137.

CEDH. En primer lugar, el juez debe comprobar si es posible una interpretación que garantice la compatibilidad entre el Derecho nacional y el CEDH; en caso contrario, debe remitir el caso al Tribunal Constitucional. El Tribunal de Casación señaló que, de acuerdo con su propia jurisprudencia establecida sobre el impago del IVA, no es posible interpretar el artículo 649 CPP de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En consecuencia, el juez debería haber remitido al Tribunal Constitucional la supuesta ilegitimidad constitucional del artículo 649 del Código Procesal Penal.

Por último, también en Dinamarca el principio de *ne bis in idem* no se aplica en caso de sanciones administrativas y penales concurrentes. Por ejemplo, la privación del derecho a conducir no se considera parte de la prohibición del *ne bis in idem*¹⁴². Asimismo, en 2009, el Tribunal Supremo danés declaró que la reducción de las subvenciones de la UE combinada con una multa no era contraria al principio de *ne bis in idem*¹⁴³. En este último caso, después de que el agricultor T. haya violado las normas sobre etiquetado y registro de ganado, las autoridades decidieron que T. tenía que reembolsar parcialmente los subsidios agrícolas del año en que se determinaron las violaciones. La decisión se adoptó con referencia a las normas de la UE en materia de cumplimiento, ya que T. no había cumplido las condiciones para el pago de la ayuda. Además, las autoridades impusieron una multa de 7.000 coronas (aproximadamente 940 euros), que T. se negó a reconocer, por lo que fue acusado por el Tribunal de Distrito. Fue declarado culpable y condenado a una multa de 7.000 coronas con una sentencia que fue confirmada posteriormente por el Tribunal Superior.

Ante el Tribunal Supremo, T. alegó que la reducción de las subvenciones combinado con una multa era contraria al *ne bis in idem* y a lo dispuesto en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH. El Tribunal Supremo declaró que las subvenciones agrícolas de la UE se habían concedido a T. con arreglo a una serie de condiciones específicas. La obligación de devolver parte de la ayuda fue una consecuencia civil de la violación de la legislación sobre etiquetado por parte de T, la cual era una de las condiciones para recibir subvenciones agrícolas. Independientemente de que el importe de la reducción de las subvenciones agrícolas se haya determinado sobre la base de una evaluación de la gravedad, del alcance y de la duración de la infracción, la reducción de la ayuda no puede considerarse ni tratar-

¹⁴² Vid. decisión del Tribunal Supremo danés publicada en UFR 1980.163.

¹⁴³ Vid. decisión del Tribunal Supremo danés publicada en UFR 2009.1036.

se como una sanción penal. Así pues, no se violó el principio *ne bis in idem*, por lo que el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal Superior.

3.2 *Ne bis in idem* a la luz del establecimiento de la EPPO

Una vez creada, la Fiscalía Europea será el órgano *europeo* competente para *investigar y perseguir los delitos que afecten a los intereses financieros de la UE* . De conformidad con el artículo 86 del TFUE, el Consejo puede crear la EPPO mediante reglamentos, previa aprobación del Parlamento Europeo. Sobre la base de esta disposición, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento del Consejo en julio de 2013 ¹⁴⁴. En el marco de una cooperación reforzada establecida en abril de 2017, 20 Estados Miembros aprobaron finalmente el Reglamento en junio de 2017 y el texto se adoptó en octubre de 2017 ¹⁴⁵.

En este trabajo, no es posible ahondar más en la EPPO y su funcionamiento, pero está claro que la creación de este organismo no conducirá a una situación en la que una misma persona sea procesada *dos veces* –a nivel nacional y de la UE– por el mismo delito contra los intereses financieros de la Unión Europea.

Como se ha visto anteriormente, cuando surgen problemas de doble incriminación en un contexto transnacional, el *ne bis in idem* protege la libertad de circulación de las personas en todo el espacio Schengen y, al mismo tiempo, también tiene un papel «jurisdiccional o estructural», ya que «ayuda a articular *las relaciones entre jurisdicciones competentes concurrentes* » ¹⁴⁶. En el caso de la EPPO, el *ne bis in idem* tendrá una nueva función: estará llamado a desempeñar un «papel jurisdiccional o estructural» ¹⁴⁷, pero en una dimensión vertical (EM-UE), más que en una puramente horizontal.

Por lo tanto, no se da el caso de que dos considerandos del Reglamento subrayen la necesidad de respetar el *ne bis in idem* , mientras que otras normas prevén algunos mecanismos para evitar una doble incriminación ¹⁴⁸. En parti-

¹⁴⁴ Propuesta de reglamento del Consejo sobre el establecimiento de la Fiscalía Europea, COM (2003) 534 final, de 17 de julio de 2013. Para más comentarios sobre la Fiscalía Europea, ver la aportación de F. GIUFFRIDA en este volumen.

¹⁴⁵ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se aplica una cooperación reforzada para el establecimiento de la Fiscalía Europea («la EPPO»), *Diario Oficial* L 283/1, de 31 de octubre de 2017 (en adelante: «Reglamento»). La opción de establecer la Fiscalía Europea mediante una cooperación reforzada está prevista en el artículo 86.1 del TFUE.

¹⁴⁶ D. BERNAND, *Ne Bis In Idem – Protector of Defendant's Rights or Jurisdictional Pointsman?* , JICJ, 2001, p. 866. Énfasis añadido.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Vid. Considerandos 54 y 83 del Reglamento.

cular, si surge *un conflicto de competencia* entre la EPPO y los fiscales nacionales, «las *autoridades nacionales* competentes para decidir sobre la atribución de competencias en materia de enjuiciamiento a nivel nacional decidirán quién es competente para la investigación del caso»¹⁴⁹. Aunque el Tribunal de Justicia podrá pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones del Reglamento, habría sido conveniente un papel más importante en la solución de los conflictos de competencia¹⁵⁰.

También podrían surgir problemas de doble enjuiciamiento en relación con las investigaciones administrativas llevadas a cabo por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), si se refieren a las mismas conductas de las que se ocupa la EPPO¹⁵¹. A este respecto, el artículo 101, apartado 2, del Reglamento establece que cuando la EPPO «lleve a cabo una investigación penal de conformidad con[el] Reglamento, la OLAF *no abrirá ninguna investigación administrativa paralela sobre los mismos hechos*»¹⁵²

Sin embargo, cuando un caso es desestimado por la EPPO, ésta puede remitirlo a la OLAF para su seguimiento administrativo¹⁵³ o puede proporcionar a la Oficina de Lucha contra el Fraude la información pertinente, «con el fin de que la OLAF pueda considerar la adopción de las medidas administrativas adecuadas de conformidad con su mandato»¹⁵⁴.

Una vez más, el *ne bis in idem* tendrá, por tanto, un papel estructural en una dimensión horizontal, con una doble peculiaridad: por una parte, se tendrá en cuenta en el caso de *investigaciones administrativas y penales concurrentes*, en consonancia con la creciente aplicabilidad de este principio en zonas grises como el PIF; por otra parte, el *ne bis in idem* tendrá por primera vez que regular la división de competencias entre los órganos de la UE a nivel de la UE.

¹⁴⁹ Artículo 25.6 del Reglamento. Énfasis añadido.

¹⁵⁰ Vid. G. GRASO y F. GIUFRIDA, *The material competence of the EPPO*, en *The European Public Prosecutor's Office at a Crossroads*, K. LIGETI y M. J. ANTUNES (eds.). *ECLAN symposium, Coimbra*, 29-30 de marzo de 2017, Coimbra, *forthcoming*.

¹⁵¹ De OLAF, ver las contribuciones de F. GIUFRIDA en este volumen.

¹⁵² Énfasis añadido. La necesidad de evitar duplicaciones entre la Fiscalía europea y la OLAF también se detalla en el Considerando 103 del Reglamento.

¹⁵³ Artículo 39.4 del Reglamento.

¹⁵⁴ Artículo 101.4 del Reglamento.

El Derecho penal europeo es una realidad: armoniza los ordenamientos nacionales en asuntos de máxima actualidad político criminal; sobre la base del reconocimiento mutuo ha creado un procedimiento penal transnacional, que rompe con los cánones de la cooperación judicial clásica; el Fiscal Europeo es igualmente una realidad que en breve comenzará a estar operativo. La publicación que ahora tiene en sus manos se ocupa de mostrar los pilares de este sistema supranacional, pero casi federal de Derecho penal: sus principios fundamentales. El libro constituye además la obra más acabada en la exposición de la jurisprudencia del TEDH, el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales en la concreción de los principios básicos, materiales y procesales, del ius puniendi. Su importancia teórica y práctica es por ello enorme.