

Europ.-SR PJ2S

XIV H/EU/PJ2S

# EL PROCESO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: GARANTÍAS ESENCIALES

*Coordinadora*

Montserrat DE HOYOS SANCHO

*Introducción*

Kai AMBOS

  
**instituto**  
de estudios europeos

  
Universidad de Valladolid

  
Junta de  
Castilla y León

  
MINISTERIO  
DE EDUCACIÓN  
Y CIENCIA

  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

UNIÓN EUROPEA  
Fondo Europeo  
de Desarrollo Regional



editorial  
**LEX NOVA**

1.ª edición, septiembre 2008

Zentralbibliothek  
der Juristischen Fakultät  
der Georg-August-Universität

2008/5932

© Montserrat de Hoyos Sancho y otros

© Editorial LEX NOVA, S.A.  
General Solchaga, 3  
47008 Valladolid  
Tels.: 902 457 038 - 983 457 038  
Fax: 983 457 224  
E-mail: clientes@lexnova.es

© Portada: Editorial LEX NOVA, S.A.

Fotocomposición e impresión:  
GRAFOLEX, S.L.  
Fernández Ladreda, 16-17  
47008 Valladolid

Depósito Legal: VA. 361-2008  
I.S.B.N.: 978-84-8406-881-5  
Printed in Spain - Impreso en España

Este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

## RELACIÓN DE AUTORES

### **Coordinadora: Montserrat DE HOYOS SANCHO**

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.  
Miembro del Instituto de Estudios Europeos.

### **Kai AMBOS**

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Comparado e Internacional de la Universidad de Göttingen (Alemania).  
Juez del Tribunal Estatal de Göttingen.

### **Coral ARANGÜENA FANEGO**

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.  
Miembro del Instituto de Estudios Europeos.

### **Isidoro BLANCO CORDERO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.  
Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

### **Joaquín DELGADO MARTÍN**

Letrado del Consejo General del Poder Judicial. Audiencia Nacional.  
Magistrado.  
Experto de la Red Judicial de Cooperación Internacional.

### **Ignacio DE LUCAS MARTÍN**

Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga.  
Ex experto nacional en la Unidad de Justicia Penal de la Comisión Europea.

### **Antonio M. JAVATO MARTÍN**

Profesor Asociado Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.  
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Segovia.

## INTRODUCCIÓN

### ¿RECONOCIMIENTO MUTUO VERSUS GARANTÍAS PROCESALES?<sup>(1)</sup>

Kai AMBOS

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal,  
Comparado e Internacional  
Universidad de Göttingen (Alemania)  
Juez del Tribunal Estatal de Göttingen

#### I

Si el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado, o incluso es calificado como «sismógrafo del sistema constitucional de un Estado»<sup>(2)</sup>, consecuentemente el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea muestra el grado de estado del *Estado de Derecho* de la Europa integrada. Esta situación de estado puede calificarse de lamentable, ya que el punto central de la política sobre justicia penal en la Unión Europea se sitúa en la simplificación y agilización de la cooperación policial y judicial —artículos 30 y 31 del TUE—, pero sin crear, al mismo tiempo, un estándar adecuado de Derechos fundamentales para toda la Europa unida. Tras una comparación serena y sobria de las iniciativas adoptadas para una lucha más eficiente y transfronteriza contra la criminalidad, con aquellas otras medidas que tienen por finalidad el establecimiento de un estándar adecuado de Derechos fundamentales en la Unión Europea, resulta evidente la importancia predominante que se otorga al elemento «Seguridad» en el camino hacia la consecución de un «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» —artículo 2, apartado 4 del TUE—.

(1) Traducción del alemán a cargo de Montserrat DE HOYOS SANCHO, Profesora Titular de Derecho Procesal y miembro del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid. Revisión del autor.

(2) ROXIN: *Strafverfahrensrecht*, München, 25.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 9.

En este contexto, el elemento central de la política criminal de la Unión Europea es el «principio de reconocimiento mutuo», ya proclamado en el *Libro Verde* de la Comisión sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo<sup>(3)</sup> y en el artículo I-42, apartado 1.b) del Proyecto de Constitución, tanto para resoluciones judiciales como extrajudiciales<sup>(4)</sup>. Ahora también ocupa un lugar preeminente, de forma poco sorprendente, en el «Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Unión Europea» —Tratado de Reforma de la UE—, si bien limitando sus efectos a las «sentencias y resoluciones judiciales»<sup>(5)</sup>. Finalmente, este principio se encuentra también en numerosos instrumentos e iniciativas armonizadoras, entre los cuales debe destacarse por su especial significación y trascendencia la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la *orden europea de detención y entrega* entre Estados miembros<sup>(6)</sup>.

La DM sobre euroorden ha venido a sustituir desde el 1 de enero de 2004 a los clásicos instrumentos de extradición del Consejo de Europa y de la Unión Europea (id. Exposición de Motivos, números 1, 11 y el artículo 31)<sup>(7)</sup>; en el apéndice podemos encontrar incluso un «formulario de orden europea de detención»<sup>(8)</sup>. Corresponde a

(3) COM (2001) 745 final, de 11 de diciembre de 2001, pp. 7 y ss. Sobre este particular véase STIEGEL: «Grünbuch der Kommission zur Schaffung einer ESTA», *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 2003, pp. 172 y ss., esp. p. 175; HECKER: *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2.ª ed., 2007, §14, núm. marg. 37 y ss.

(4) Acerca del significado central de este principio, vid. también DE HOYOS: «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (RDCE), 2005, pp. 807 y ss.; NILSSON: «From classical judicial cooperation to mutual recognition», *Revue Internationale de Droit Pénal* (RIDP), núm. 77, 2006, pp. 53 y ss.; JEGOUZO: «Le développement progressif du principe du reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», *RIDP*, núm. 77, 2006, pp. 97 y ss.; BERNARDI: «Le rôle du troisième pilier dans l'europanisation du droit pénal», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2007, pp. 713 y ss., esp. p. 725; MANACORDA: «La consolidation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice: vers une "mise à l'écart" du rapprochement pénal?», *RSC*, 2007, pp. 899 y ss., p. 909: «définitivement (...) méthode d'intégration normative».

(5) Artículo 69.A, apartado 1: «La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 69B».

(6) DOUE L 190, de 18 de julio de 2002. Confróntese sobre este particular también AMBOS: *Internationales Strafrecht*, München, 2.ª ed., 2008, § 12, núm. marg. 58 y siguientes.

(7) DOUE L 190, de 18 de julio de 2002, 1, 11; vid. también la resolución del *Oberlandesgericht* de Stuttgart, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, pp. 3437 y ss., esp. p. 3438; HEINTSCHEL-HEINEGG/ROHLFF: «Der Europäische Haftbefehl», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2003, pp. 44 y ss., esp. p. 45; WEHNERT: «Europäischer Haftbefehl», *Strafverteidiger Forum* (StraFo), 2003, p. 356 y COMBEAUD: «Première réussite pour le principe de reconnaissance mutuelle: le mandat d'arrêt européen», *RIDP*, núm. 77, 2006, p. 131.

(8) Cuya naturaleza jurídica se discute. Partidaria de considerarlo un «título judicial europeo» se muestra ARANGÜENA en «La situación actual de la orden europea de detención y entrega: dificultades y

los Estados miembros, precisamente por tratarse de una Decisión Marco, concretar el modo y la forma de la transposición o implementación —artículo 34.2.b)—; sin embargo, las tareas en cierta medida revolucionarias que la DM impone a los Estados —entrega en vez de «extradición» por parte del «Estado de ejecución» al «Estado emisor», renunciando a los tradicionales presupuestos de la extradición— provocan fricciones desde el punto de vista constitucional, especialmente si nos fijamos en la prohibición de extraditar nacionales, tradicionalmente reconocida en el ámbito jurídico de la Europa continental.

Estos problemas se han puesto de manifiesto no sólo en los respectivos veredictos de los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>(9)</sup>, sino destacadamente también en las praxis de los Estados, que están resultando claramente alejadas de un puro y simple procedimiento de ejecución y entrega sin control jurisdiccional<sup>(10)</sup>. La investigación de JIMENO BULNES que se publica en este volumen pone de manifiesto muchos problemas en la transposición en España, entre los cuales llama la atención particularmente la alta cifra de denegaciones del reconocimiento y entrega —14 casos en el año 2004, 17 en 2005 y 15 en 2006, vid. las conclusiones del citado trabajo—. En todo caso, la orden europea de detención y entrega es el ejemplo clásico de reconocimiento mutuo, ya que presupone justamente el reconocimiento de cara a los procesos de detención de sospechosos en los Estados miembros.

Junto a la orden europea de detención y entrega existen otros *instrumentos* o, en su caso, las correspondientes *iniciativas*, que también se fundamentan en la idea del reconocimiento mutuo<sup>(11)</sup>:

- La Decisión Marco, fruto de una iniciativa de Francia, Bélgica y Suecia<sup>(12)</sup>, sobre la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y ase-

progresos de su aplicación en el espacio judicial europeo», *Revista de Derecho Penal*, núm. 20, 2007, pp. 11 y ss., esp. pp. 17 y 18.

(9) Los Tribunales Constitucionales de Alemania, Polonia y Chipre han declarado contrarias a la Constitución las respectivas leyes de transposición; respecto a la transposición alemana y a la Sentencia del BVerfG —Tribunal Constitucional alemán— de 18 de julio de 2005, véase, AMBOS: *Internationales Strafrecht*, op. cit., §12, núm. marg. 62 y ss.

(10) Así preve por ejemplo la II Ley Alemana sobre Euroorden (EuHGB II), Diario Oficial (*Bundesgesetzblatt*), 2006 I, p. 1721, con la cual el legislador alemán reaccionó a la declaración de nulidad de la primera Ley alemana de transposición por la Corte Constitucional, un control jurisdiccional de admisibilidad (Diario Oficial del Parlamento alemán 15/1718, 11. I). Y en el Informe de la Comisión a principios del año 2006 (COM 2006 8 final, p. 6) se critica de forma dramática, a la vista de la situación global en Europa, que se califica de «preocupante», que una amplia lista de Estados miembros hayan introducido motivos de rechazo del reconocimiento que en parte sobrepasan el tenor de la Decisión Marco, y en parte también incluso entran en contradicción con ésta —así en el caso de Dinamarca, Italia, Malta, Holanda, Portugal y el Reino Unido—.

(11) Sobre su respectivo estado actual véase también <http://europa.eu.int>, la rúbrica correspondiente a la «Cooperación judicial en causas penales». Vid. además MANACORDA: «La consolidation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice...», op. cit., pp. 901 y ss.

(12) DOUE C 75, de 7 de marzo de 2001, 3.

guramiento de pruebas en la Unión Europea<sup>(13)</sup>; sobre este particular véase el trabajo de MORAN MARTÍNEZ en este volumen.

- La Propuesta de Decisión Marco sobre la orden europea de obtención de pruebas para la entrega de objetos, documentos y datos que pueden ser utilizados en un proceso penal<sup>(14)</sup>; al respecto, véase la aportación de DE LUCAS MARTÍN en esta obra colectiva.
- El Libro Verde sobre sanciones<sup>(15)</sup>, presentado por la Comisión, así como la Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005 sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las sanciones pecuniarias<sup>(16)</sup>; véase el trabajo de JIMÉNEZ-VILLAREJO en este volumen, con críticas a la transposición española.

(13) DM del Consejo 2003/577/JI de 22 de julio de 2003, DOUE L 196 de 2 de agosto de 2003, pp. 45 y ss. Compárese también con la iniciativa del Reino de Dinamarca sobre la adopción de una DM del Consejo relativa a la ejecución de resoluciones de embargo en la UE, DOCE C 184, de 2 de agosto de 2002, pp. 8 y ss., la cual, a diferencia de la DM del Consejo, no se refiere a decisiones provisionales sino a resoluciones finales con fuerza de cosa juzgada sobre elementos patrimoniales y, respecto a esto, completa la DM; sobre la iniciativa danesa vid. también el Libro Verde sobre sanciones, 2004, 27.

(14) COM (2003) 688 final, de 14 de noviembre de 2003. Para un análisis en profundidad GLESS: «Die Verkehrsfähigkeit von Beweisen im Strafverfahren», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 115, 2003, pp. 131 y ss., esp. pp. 165 y ss.; WILLIAMS: «The European evidence warrant», *RIDP* 77, 2006, pp. 155 y ss.; BACHMAIER: «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal», en Armenta/Gascón (coords.), *El derecho procesal penal en la UE*, Madrid, 2006, pp. 131 y ss., esp. pp. 139 y ss.; HECKER: *Europäisches Strafrecht*, op. cit., §12, núm. marg. 9 y ss. Críticamente, GAZEAS: «Die Europäische Beweisverordnung», *ZRP*, 2005, pp. 18 y ss.; AHLBRECHT: «Der Rb-Entwurf der Europäischen Beweisverordnung», *GA*, 2005, pp. 681 y ss., esp. pp. 695 y ss. GLESS/SPENCER: «Effizienz und Individualrechtsschutz im Dreiecksverhältnis der sonstigen Rechtshilfe», *Strafverteidiger (StV)*, 2006, pp. 269 y ss., esp. p. 273; KOTZUREK: «Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisverordnung», *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2006, pp. 123 y ss., esp. pp. 127 y ss.; LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER: «Der Europäische Beschuldigte», *StraFo*, 2007, pp. 267 y ss. esp. pp. 270 y ss.; IJZERMAN: «From the CATS portfolio: The European Evidence Warrant», en VERVAELE (ed.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen et al., 2005, pp. 5, 9 y ss.; WILLIAMS: «Overview of the commission's proposal for a framework decision on the European Evidence Warrant», en VERVAELE: op. cit., p. 69. Sobre el estado actual, vid. <http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm>.

(15) COM (2004) 334 final, de 30 de abril de 2004. Sobre este particular, VOGEL: «The European Integrated Criminal Justice System and its constitutional framework», *Maastricht Journal of International and Comparative Law (MJ)*, 12, 2005, pp. 125 y ss., esp. p. 133; DEMETRIO: «Sobre la armonización de las sanciones en la UE», *Revista Penal (RP)*, 16, 2005, pp. 43 y ss., esp. pp. 50 y ss.; DELMAS-MARTY: «Towards an integrated european criminal law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies (CYELS)*, 7, 2004/2005, pp. 17 y ss., esp. p. 24; divergente, la postura del «grupo de trabajo Europa» de la Cumbre de Ministros (Alemanes) de Justicia; confróntese, FRANK: «Strafverfolgungskompetenz der Länder im Licht der Entwicklung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – Ein Bericht der AG Europa der Justizministerkonferenz», *Deutsche Richterzeitung (DRIZ)*, 2006, pp. 10 y ss., esp. p. 11.

(16) 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, DOUE L 076, de 22 de marzo de 2005, pp. 16 y ss. Al respecto, vid. LIGET: «Mutual recognition of financial penalties», *RIDP*, 77, 2006, pp. 144 y ss.

- La Propuesta de Decisión Marco acerca de la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal<sup>(17)</sup>, así como la Decisión del Consejo de 21 de noviembre de 2005 relativa al intercambio de información contenida en registros de antecedentes penales<sup>(18)</sup>. (Sobre este particular me remito al trabajo de PALOMO DEL ARCO en esta obra). En este contexto, vale la pena mencionar también la Propuesta de DM sobre el intercambio de informaciones con base en el principio de disponibilidad (*Grundsatz der Verfügbarkeit*)<sup>(19)</sup>, que va mucho más allá de lo anterior, pues implica el libre intercambio de informaciones y datos entre los Estados miembros.
- La Propuesta de Decisión Marco sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>(20)</sup>.
- La Propuesta griega de una Decisión Marco sobre el reconocimiento del principio *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea<sup>(21)</sup>.
- La Propuesta de Decisión Marco sobre la aplicación del principio de reconocimiento a las resoluciones dictadas en causas penales que imponen penas o medidas privativas de libertad, con la finalidad de que se puedan ejecutar en el espacio de la Unión Europea<sup>(22)</sup>.

(17) COM (2005) 91 final, de 17 de marzo de 2005. Sobre este tema, PLACHTA: «Criminal records in an era of globalization: Identifying problems and conceptualizing solutions within the EU», *International Criminal Law Review (ICLR)*, 7, 2007, pp. 425 y ss., esp. pp. 436 y ss.; vid. también AUCH SAJONZ: «Peines privatives de liberté et transfer des personnes condamnées», *RIDP*, 77, 2006, pp. 163 y ss.

(18) 2005/876/JAI, de 21 de noviembre de 2005, DOUE L 322, de 9 de diciembre de 2005, pp. 33 y ss. Al respecto vid. TOMBOY: «Vers une meilleure connaissance des antécédents pénaux des personnes», *RIDP*, 77, 2006, pp. 177 y ss.; PLACHTA: «Criminal records...», op. cit. pp. 433 y ss. Sobre las páginas de información técnica, GRJPIK: «Criminal records in the EU», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (Eur.J.Cr.)*, 2006, 1.

(19) Fundamentalmente sobre este principio BÖSE: *Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der EU*, 2007, quien lo critica en particular desde el punto de vista de la protección de datos, esp. pp. 137 y ss.; crítico también recientemente MEYER: «Der Grundsatz der Verfügbarkeit», *NSIZ*, 2008, 188, pp. 192 y ss.

(20) COM (2006) 468 final, de 29 de agosto de 2006. Sobre este particular, LJUNGQVIST: «Mutual recognition of non custodial pre-trial supervision measures», *RIDP*, 77, 2006, pp. 169 y ss., y críticamente LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER: «Der Europäische Beschuldigte», op. cit., 2007, p. 271.

(21) DOUE C 100, de 26 de abril de 2003, 24. Un análisis más detallado sobre esta cuestión puede encontrarse en KNIEBÜHLER: *Transnationale «ne bis in idem»*, Berlin et al., 2005, pp. 318 y ss. De forma más sucinta, HENZELIN: ««Ne bis in idem», un principe à géométrie variable», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR)*, 123, 2005, pp. 345 y ss., esp. p. 369 y ss.; MANGIARACINA: «Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo», *Legislazione Penale (LP)*, 2006, pp. 631 y ss., pp. 640 y ss. Vid. también, AMBOS: *Internationale Strafrecht*, op. cit., §12, núm. marg. 54.

(22) Documento del Consejo 15875/06, de 27 de noviembre de 2006. Vid. también MORGENSTERN: «Strafvollstreckung im Heimatstaat — der geplante EU — Rahmenbeschluss zur transnationalen Vollstreckung von Freiheitsstrafen», *ZIS*, 2008, 76.

- La Propuesta franco-alemana con vistas a la adopción por el Consejo de una Decisión Marco relativa al reconocimiento y vigilancia de penas suspendidas, penas sustitutivas y medidas condicionales<sup>(23)</sup>.

El reconocimiento mutuo en sentido amplio, es decir, el reconocimiento de resoluciones extranjeras sin condiciones previas y con efectos automáticos en el Estado requerido<sup>(24)</sup>, contribuye a una cooperación judicial y administrativa directa de las autoridades judiciales, sin intervención ministerial intermedia (sobre este particular, DELGADO MARTÍN, en esta misma obra), y de alguna manera obliga a los Estados miembros —si bien es cierto que «por la puerta de atrás»— a una armonización de sus normas de Derecho material, de tal manera que se da el segundo paso (fortalecimiento de la cooperación procesal por medio del reconocimiento mutuo) antes que el primero (armonización del Derecho material)<sup>(25)</sup>.

Sea como fuere, el reconocimiento mutuo se ha convertido desde un primer momento en el centro de los ataques de los que se muestran «críticos» con los esfuerzos armonizadores que se vienen desplegando en el ámbito procesal penal en Europa. De hecho, es cuestionable si este principio, cuya función originaria consiste en contribuir a la consecución del libre mercado interior a través del reconocimiento mutuo de estándares de productos<sup>(26)</sup>, pueda ser generalmente utilizado en el ámbito —bien diferente— del proceso penal, puesto que aquí no se trata de la libre circulación de mercancías, sino que están en juego las libertades personales de los ciudadanos de la Unión<sup>(27)</sup>. En todo caso, desde el punto de vista probatorio el reconocimiento mutuo

(23) Documento del Consejo 6480/07. Vid. más ampliamente, STAUDIGL/WEBER: «Europäische Bewährungsüberwachung», *NSIZ*, 2008, 17.

(24) Acerca de esta concepción amplia, véase VOGEL: *Perspektiven des internationalen Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2004, p. 26. Además, deslindándose de tal planteamiento y pronunciándose también a favor de un concepto más restringido, vid. DE HOYOS: «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE...», op. cit., pp. 812 y ss., esp. pp. 820 y ss.

(25) Igualmente críticos, WEHNERT: «Europäischer Haftbefehl», op. cit., p. 358; DE HOYOS: «Acerca de la necesidad de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la Unión Europea: especial consideración de los "grupos vulnerables"», *Revista de Derecho y Proceso Penal (RDPP)*, 18, 2007, pp. 117 y ss., esp. p. 118; BERNARDI: «Le rôle du troisième pilier...», op. cit., 2007, p. 725, y MANACORDA: «La consolidation de l'espace de liberté, de sécurité...», op. cit., pp. 904 y ss.

(26) Vid. las sentencias que han marcado la línea a seguir en este sentido: SSTJCE «Dassonville», «Cassis de Dijon» y «Comisión contra Alemania»; GLESS: «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *ZStW*, 116, 2004, pp. 353 y ss.; DE HOYOS: «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales...», op. cit., pp. 808 y ss., y HECKER: *Europäisches Strafrecht*, op. cit., §12, núm. marg. 42.

(27) Vid. BÖSE: «Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege der EU», en Momsen/Bloy/Rackow (coords.), *Fragmentarisches Strafrecht*, Frankfurt am Main et al., 2003, pp. 233 y ss., pp. 247 y ss.; BOSBACH: «Anmerkung zu BVerfG Beschluß vom 18. 7. 2005 - 2 BvR 2236/04», *NSIZ*, 2006, pp. 104 y ss.; HECKER: *Europäisches Strafrecht*, op. cit., §12, núm. marg. 58 y ss.; SCHÜNEMANN: «EuHb und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene», *ZRP*, 2003, pp. 185 y ss., esp. p. 187; del mismo autor, «Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung», *ZStW*, 116, 2004, pp. 376 y ss., esp. p. 383; WOLTER: «Die PJZS in der EU», *Festschrift (FS) = libro home-*

conduce a una «libre circulación de pruebas en Europa» («europaweit verkehrsfähigen Beweis») o incluso a una libre circulación de datos (con base en el llamado principio de disponibilidad), con lo cual un medio probatorio o un dato «debería» convertirse en un producto de libre circulación por toda la Unión, justamente en el sentido del principio de libre circulación que se aplica a las mercancías<sup>(28)</sup>. En este punto resulta problemático que no se puedan extraer o «exportar» medios probatorios como un «producto final» del contexto general de su ordenamiento jurídico, con sus respectivas particularidades en cuanto a las formas de obtención, sin que se produzcan cambios o pérdidas de valor probatorio<sup>(29)</sup>. Claro está, los «productos» del Derecho penal nacional

naje) Koblmann, Köln, 2003, pp. 693 y ss., esp. p. 714; KLIP: «Definitions of harmonisation», en: Klip/Van der Wilt (coords.), «Harmonisation and harmonising measures in criminal law», Amsterdam, 2002, pp. 23 y ss., esp. p. 27; JUNG; NITSCHMANN y RADTKE, «Einheit und Vielfalt: Zur Entwicklung des Strafrechts in Europa», *GA*, 2003, pp. 383 y ss., esp. p. 393. Una visión crítica puede encontrarse también en DE HOYOS: «El principio de reconocimiento mutuo...», op. cit., pp. 815 y ss. En favor de un reconocimiento generoso de medidas nacionales de persecución siguiendo el modelo de la orden europea de detención y entrega, «Für eine großzügige Anerkennung nationaler Strafverfolgungsmaßnahmen nach dem Vorbild des Europäischen Haftbefehls», SIEBER citado por WEITZMANN, «Verbrechensbekämpfung in der EU: Die Unionspolitik nach dem Konvent (Tagungsbericht)», *ZStW*, 116, 2004, pp. 265 y ss.; SIEBER, «Bekämpfung des EG-Betrugs und Perspektiven der europäischen Amts- und Rechtshilfe», *ZRP*, 2000, pp. 186 y ss., esp. p. 190. Desde la perspectiva inglesa y española, vid. MAC CORMICK: «A common approach to crime? Observations on the European Arrest Warrant and the democratic deficit», *FS Jung*, Baden-Baden, 2007, pp. 535 y ss., esp. p. 537 y GOMEZ-JARA DIEZ, «European Arrest Warrant and the principle of mutual recognition», *The European Criminal Law Associations' Forum (eucrim)*, 1 de febrero de 2006, pp. 23 y ss. esp. p. 24; con un punto de vista diverso, GLESS: «Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», op. cit., pp. 358 y ss. Reflexiones específicas contra el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la «pequeña cooperación» pueden encontrarse en BÖSE: «Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung...», op. cit., pp. 238 y ss., esp. pp. 246 y ss. Vid. también KREß: «Das Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag», *ZStW* 116, 2004, pp. 445 y ss., esp. p. 470.

(28) Fundamentalmente SIEBER: «Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht», *ZStW*, 103, 1991, pp. 957 y ss., esp. p. 963; del mismo autor «Bekämpfung des EG-Betrugs...», op. cit., p. 190. Vid. además, GLESS: «Die Verkehrsfähigkeit von Beweisen...», op. cit., pp. 136 y ss., y WOLTER: «Polizeiliche und justizielle Datenübermittlungen in Deutschland und der EU», *Festgabe Hilger*, Heidelberg, 2003, pp. 275 y ss., esp. p. 277.

(29) BIEHLER; GLESS; PARRA y ZEITLER: «Analyse des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft», Freiburg/Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2002, p. 46 y s., vid. también el estudio de casos en las pp. 40 y ss., acerca del peligro del *forum shopping* en el EStA, p. 51. Igualmente se pronuncian por el rechazo GLESS: «Effizienz und Individualrechtsschutz...», op. cit., pp. 138 y ss., esp. p. 148; BENDLER: «Verteidigungsrechte im Konzept des vergemeinschafteten Ermittlungsverfahrens unter Führung der Europäischen Staatsanwaltschaft am Beispiel des Beweisrechts», *StV*, 2003, pp. 133 y ss., esp. pp. 135 y 136; BRAUM: «Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», op. cit., p. 682; «Alleskleber europäischer Integration», SATZGER: «Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht», *StV*, 2003, pp. 137 y ss., esp. pp. 139 y ss.; HECKER: *Europäisches Strafrecht*, §12, núm. marg. 58; KALIFA-GRANDI: «Aktuelle Strafrechtentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite», *ZIS*, 2006, pp. 521 y ss., esp. p. 527; SOMMER: «Die Europäische Staatsanwaltschaft», *StV*, 2003, pp. 126 y ss.; RADTKE: «Der Europäische Staatsanwalt», *GA*, 2004, 1, pp. 17 y ss.; crítico también CASTALDO: «Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG durch Schaffung einer EStA und die italienische Rechtsordnung», *StV*, 2003, pp. 122 y ss., esp. p. 125; DAS: *Möglichkeiten der Angleichung materiellen Strafrechts zwischen England und Deutschland*

no pueden, por sus peculiaridades, ser tratados como bienes de consumo en un mercado común, como por ejemplo la cerveza holandesa, que puede acomodarse o no a los respectivos criterios alemanes de pureza<sup>(30)</sup>. Por lo demás, el reconocimiento mutuo puede conducir a una eliminación del principio procesal penal de *inmediación* con la introducción de pruebas documentales obtenidas de forma válida en otros Estados miembros<sup>(31)</sup>. *Last but not least*, si el reconocimiento mutuo obliga a los tribunales nacionales a examinar la conformidad a Derecho del medio probatorio según la medida o el parámetro de un ordenamiento jurídico «extraño», es decir, a «aplicar derecho extranjero» (*Fremdrechtsanwendung*), se le sustrae toda posibilidad de examinar la admisibilidad y valoración de los medios de prueba según el parámetro de «su propio» ordenamiento jurídico, e incluso se le priva en su caso de la facultad de impedir tal admisión y/o valoración<sup>(32)</sup>. Ante este panorama, la habitual remisión o referencia al

*im Rahmen des Art. K31 EUV*, Frankfurt am Main et al., 2007, p. 388; MEYER: «Die Aussagefreiheit und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung», *GA*, 2007, pp. 15 y ss., esp. p. 25 y ss., y en general, VOGEL y MATT: «Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union», *StV*, 2007, pp. 206 y ss., esp. pp. 210 y ss.; MEYER: op. supra cit., en las pp. 17 y ss. y 31 y ss. expresa su temor de que el principio de reconocimiento mutuo conduzca a que el medio de prueba que ha sido obtenido de forma incompatible con la vigencia del principio constitucional *nemo tenetur* en el ordenamiento alemán pueda ser aceptado en otros Estados miembros. De otra opinión TIEDEMANN: «Bemerkungen zur Zukunft des europäischen Strafprozesses», *FS Eser*, München, 2005, pp. 889 y ss., esp. pp. 893 y ss.; igualmente, KOTZUREK: «Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien...», op. cit., p. 127; coincidente en el resultado también LIGETI: *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU*, Berlin, 2005, pp. 181 y ss.; además, acerca de la libre admisión de pruebas ante todos los tribunales, BRÜNER y HETZER: «Nationale Strafverfolgung und Europäische Beweisführung», *NSiZ*, 2003, pp. 113 y ss., esp. p. 117. Más claramente aún, BRÜNER y SPITZER: «Der Europäische Staatsanwalt», *NSiZ*, 2002, pp. 393 y ss., esp. p. 397, los cuales vislumbran en el *forum shopping* de la Fiscalía Europea la «respuesta desde el Estado de Derecho y desde la perspectiva de la persecución penal a la aplicación del «jurisdiction shopping» a los autores de delitos económicos, especialmente en el liberalizado mercado interior». En contra, BRAUM: «Europäisches Strafrecht im administrativen Rechtsstil», *ZRP*, 2002, pp. 508 y ss., esp. p. 509, nota al pie 7.

(30) KLIP: «European integration and harmonisation and criminal law», en Curtin/Smits/Klip/McCahery (coords.), *European Integration and Law*, Antwerpen et al., 2006, pp. 109 y 133 («the product, criminal law» is by definition non-economic»); WEHNERT: «Deutsches und Europäisches Strafrecht – Fragen und Widersprüche», *FS Dabs*, Köln, 2005, pp. 523 y ss., esp. p. 526; MITSILEGAS: «The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU», *Common Market Law Review (CML)*, 2006, pp. 1277 y ss., esp. p. 1282: «potential journey into the unknown»; LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURGER: «Der Europäische Beschuldigte», op. cit., p. 269, critica la «solución rápida que ha supuesto la transposición de este principio del reconocimiento mutuo desde la libre circulación de mercancías al ámbito de las normas de Derecho penal y procesal penal». Críticamente también, DE HOYOS: «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones...», op. cit., pp. 117 y ss.; SANZ HERMIDA: «Aplicación transnacional de la prohibición del *bis in idem* en la UE», *RP*, 21, 2008, pp. 126 y ss., esp. p. 136, así como GLESS: «Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights» en VERVAELE, op. cit., pp. 121 y ss., esp. pp. 122 y ss. y 128, la cual en este punto diferencia entre el reconocimiento mutuo de decisiones y una —rechazable— libre convertibilidad de «productos intermedios» del proceso penal.

(31) La posición de una parte de los penalistas alemanes ante el Libro Verde núm. 4 puede consultarse en <http://www.eu-strafrecht-ae.jura.lmu.de/archiv.htm>. cfr. también allí mismo las críticas «Thesen zur Europäisierung der Strafverfolgung durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung de la mano de Schönemann/Prittowitz».

(32) BIEHLER; GLESS; PARRA, y ZEITLER: «Analyse des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz...», op. cit., p. 38; crítico también, RADTKE: «Der Europäische Staatsanwalt», op. cit., pp. 7 y ss.

«alto grado de confianza y solidaridad entre los Estados miembros»<sup>(33)</sup> se muestra como una frase retórica vacía de contenido, la cual, incluso, con la creciente ampliación de la UE, se está convirtiendo cada vez más en una fantasmagoría de Bruselas, o, en su caso, de Luxemburgo, (como sede del Tribunal Europeo de Justicia)<sup>(34)</sup>.

Naturalmente, no puede ser ignorado el hecho de que el principio de reconocimiento mutuo también puede tener efectos positivos sobre los derechos del inculgado. Así, por ejemplo, el *ne bis in idem* transnacional del artículo 54 del CAAS —Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen— (sobre este punto VERVAELE, en esta misma obra) tiene su fundamento en la idea de un reconocimiento mutuo de decisiones que ponen fin a un proceso<sup>(35)</sup>, dictadas en el espacio Schengen<sup>(36)</sup>. Al lado de la concentración y de la eficiente utilización a pleno rendimiento de todos los recursos con que cuentan los Estados miembros para la persecución de los delitos<sup>(37)</sup>, debe llamarse

(33) STJCE «Advocaten voor de Wereld VZW», de 3 de mayo de 2007, C-303/05, párrafo 57: «Por una parte, en lo que se refiere a la elección de las 32 categorías de infracciones (...) el Consejo consideró legítimamente, (...) que, bien por su propia naturaleza, bien por la pena aplicable de un máximo de al menos tres años, las categorías de infracciones en cuestión son infracciones que causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que resulta justificado no exigir el control de la doble tipificación». Acerca de esta Sentencia, vid. BRAUM: «Der Europäische Haftbefehl», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht («wistra»)* 2007, p. 401; MICHALKE: «EU-Vertragskonformität des Rahmenbeschlusses über Europäischen Haftbefehl», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht («EuZW»)* 2007, pp. 373 y ss., esp. p. 377; FENELLY: «The European Arrest Warrant», *Zeitschrift der Europäischen Rechtsakademie Trier («ERA Forum»)*, 2007, p. 519.

(34) Con razón reticente también en este punto la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en NJW 2005, pp. 2289 y ss., esp. p. 2291. Sintomática, por ejemplo, la Sentencia del *OLG Stuttgart*, StV 2007, p. 260, fundamento 2º; es muy discutible cómo se puede traducir «Leitsatz», son los principios/tesis principales de una sentencia que aparecen en el tenor, arriba: «El reconocimiento mutuo de la orden europea de detención y entrega debe sustentarse en gran medida en la confianza mutua, incluso en el caso concreto debe existir un sólido fundamento»; contundente en este punto, KLIP, «European integration and harmonisation...», op. cit., p. 137: «It must be noted that there is a large gap between what the member states say and arrange officially and the actual performance. I suffice here with the example of the mutual confidence that all states have in each other. This confidence is so great that it must be ordained at regular intervals that there shall be *mutual confidence*. Despite this, in mutual recognition all manner of old grounds for refusal are steadfastly adhered to». LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURGER: «Der Europäische Beschuldigte», op. cit., p. 269, pone de manifiesto, con razón, que sólo puede existir una confianza sustancial si el derecho penal y procesal penal de los Estados miembros fuera «esencialmente equiparable», lo cual no sucede al día de hoy. Escéptica también, GLESS: *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Baden-Baden, 2006, p. 164.

(35) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones en causas penales, de 26 de julio de 2000, COM, 2000, 0495.

(36) Sobre la interpretación del artículo 54 CAAS, vid. más ampliamente, AMBOS: *Internationales Strafrecht*, op. cit., § 12, núm. marg. 38 y ss.

(37) Cfr. SPECHT: *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem*, Berlin et al., 1999, p. 148; PLÖCKINGER y LEIDENMÜHLER: «Zum Verbot doppelter Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ», 1990, *wistra*, 2003, pp. 81 y ss., esp. p. 85; BOSE: «Der Grundsatz *ne bis in idem* in der EU (Art. 54 SDÜ)», *GA* 2003, pp. 744 y ss., esp. p. 750. Vid. también LAGODNY: «Viele Strafgehaltnen und nur ein transnationales ne-bis-in-idem?», *FS Trechsel*, Zürich et al., 2002, pp. 253 y ss., esp. p. 262.

la atención en este punto sobre el componente de protección individual de los derechos fundamentales que contiene el artículo 54 del CAAS: la prohibición de doble persecución penal protege a los ciudadanos ante la cada vez más fuerte posibilidad de injerencia en su esfera de libertades, precisamente por esa también cada vez más estrecha cooperación entre órganos policiales y jurisdiccionales<sup>(38)</sup>. Otro ejemplo acerca de los efectos favorables que sobre el inculcado puede tener el principio de reconocimiento mutuo viene de la mano de la Propuesta de Decisión Marco sobre la *orden europea de vigilancia* en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre Estados miembros de la Unión Europea<sup>(39)</sup>, ya que este instrumento se apoya justamente en la idea del reconocimiento mutuo de medidas de vigilancia alternativas, que precisamente evitan la prisión provisional, y en último término en el mandato acorde con los derechos fundamentales de la persona de evitar en lo posible las situaciones de prisión provisional.

## II

Si bien, a la luz de lo anteriormente expuesto, el principio de reconocimiento mutuo —ciertamente el hilo conductor de este libro— merece una valoración diferenciada, se tiene que constatar en todo caso que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión ha jugado hasta la fecha un papel ínfimo en el proceso penal europeo o «europeizado»<sup>(40)</sup>. En este punto es evidente que la creciente armonización del Derecho material y procesal (sobre el primer aspecto, vid. SANZ MORÁN, en este volumen) en particular en aquellos sectores de la criminalidad considerados como especialmente relevantes en la Unión Europea (vid. artículo 29.2 del TUE; sobre lucha antiterrorista vid. las aportaciones de BLANCO CORDERO y MATA Y MARTÍN; sobre lucha contra el fraude a través de medios de pago, vid. MATA Y MARTÍN y JAVATO MARTÍN, todos ellos en esta obra) ha surtido efectos negativos sobre la protección de los Derechos fundamentales (concluyente en este punto MIRANDA RODRIGUES), cuando no se han adoptado simultáneamente contramedidas que puedan garantizar la vigencia de éstos. En un sentido amplio la problemática se abordó por primera vez en el año 2003, en el Libro Verde de la Comisión sobre garantías procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea<sup>(41)</sup>. En todo caso, resulta significativo que

(38) SPECHT: *Die zwischenstaatliche Geltung...*, op. cit., pp. 148 y ss.; PLÖCKINGER y LEIDENMÜHLER: *Zum Verbot doppelter Strafverfolgung...*, op. cit., p. 85, y BÖSE: *Der Grundsatz ne bis in idem*, op. cit., pp. 750 y ss. Más restrictivo se muestra el Tribunal Constitucional español, el cual ve la razón de este principio en la garantía de los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Vid. SANZ HERMIÑA: *Aplicación transnacional de la prohibición...*, op. cit., pp. 127 y ss., esp. p. 135.

(39) COM (2006) 468 final, de 29 de agosto de 2006. Sobre este particular, muy instructivo, ESSER: *Europäische Initiativen zur Begrenzung der Untersuchungshaft*, en Joerden/Szwarc (coords.): *Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen*, Berlin, 2007, pp. 233 y ss., esp. pp. 244 y ss.

(40) Crítico en este punto también BERNARDI: *Le rôle du troisième pilier dans l'eupéanisation...*, op. cit., p. 726.

(41) Libro Verde sobre garantías procesales, 75; vid., además, el Libro Verde sobre presunción de inocencia, de 26 de abril de 2006, COM (2006) final 174 (sobre este particular, críticamente

la Comisión se haya planteado por primera vez la cuestión de las garantías procesales y la confianza mutua como pretendido fundamento del reconocimiento mutuo<sup>(42)</sup> solamente cuando esta cuestión ya había tomado forma concreta en el marco de la orden europea de detención y entrega<sup>(43)</sup>. Se puede presuponer que en la base de esta actuación se sitúa la —ya mencionada— estrategia de lograr una armonización de fondo por el procedimiento de la puerta de atrás (vid. DE HOYOS SANCHO en esta misma obra, en relación con discusión mantenida en Italia y el calificativo de *fuga in avanti*)<sup>(44)</sup>.

Sea como fuere, después de que la Propuesta —más restrictiva que el Libro Verde— de «Decisión Marco del Consejo sobre garantías procesales en los procesos penales celebrados en la UE» (acerca de este punto, ARANGÜENA FANEGO, y sobre la transposición en España, VALBUENA GONZÁLEZ, en este volumen)<sup>(45)</sup> se haya ido al traste de la mano del Consejo europeo en su reunión en Bruselas de los días 12 y 13 de junio de 2007, está de más entrar a discutir su contenido, y especialmente el valorar si el están-

LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER: *Der Europäische Beschuldigte*, op. cit., p. 276) y también la Propuesta de Decisión Marco relativa a la protección de datos personales obtenidos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en causas criminales, de 4 de octubre de 2005, COM (2005) final, 475. Vid. sobre estas iniciativas de la Comisión, en relación con las garantías del proceso del CEDH, AMBOS: *Internationales Strafrecht*, op. cit., § 10, núm. marg. 13 y ss. Vid. además el «Diskussionspapier Verfahrensrechte des Beschuldigten im europäischen Raum», *www.eu-verfahrensrechte.de*, por primera vez presentado en el 27. *Strafverteidigertag* el 15 de marzo de 2003 en el Grupo de Trabajo 4; sobre este particular, AHLBRECHT y LAGODNY: *Einheitliche Strafverfahrensgarantien in Europa?*, *StraFo*, 2003, pp. 329 y ss. y en general, MATT: *Europäische Verfahrensgrundrechte in Strafverfahren*, en *Europäische Anwaltsvereinigung e.V.* (eds.), *Das faire Verfahren nach Art. 6 EMRK*, Köln, 2005, pp. 16 y ss.; desde la perspectiva anglosajona, MACKAREL: *The European Arrest Warrant—the early years: implementing and using the warrant*, *Eur.J.Cr.*, 2007, pp. 37 y ss., esp. pp. 40 y ss.; desde la perspectiva italiana, PIATTOLI: *Diritti fondamentali: obiettivi e programmi dell'UE in materia di giustizia penale*, *Diritto Penale e Processo (DPP)*, 2007, pp. 548 y ss.

(42) Libro Verde sobre garantías procesales, pp. 9 y 10: «El reconocimiento mutuo se basa en la confianza mutua entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Para que exista confianza mutua (;), es oportuno que los Estados miembros confirmen una serie estándar de garantías procesales para sospechosos e inculcados». En relación con este «estándar mínimo», muy crítico, AHLBRECHT: *Europäischer Strafrechtsraum: Ein Altraum?*, *ZRP*, 2004, pp. 1 y ss., esp. p. 3.

(43) Vid. También WOHLERS: *Das partizipatorische Ermittlungsverfahren*, *GA*, 2005, pp. 11 y ss. esp. p. 15, AHLBRECHT: *Die Strafrechtspolitik der Europäischen Kommission*, *JR*, 2005, pp. 400 y ss.; esp. pp. 402 y 404 y ss.); BRAUM: *Das Haager-Programm der EU – falsche und richtige Schwerpunkte europäischer Strafrechtssetzung*, en Joerden/Szwarc, (coords.): *Europäisierung des Strafrechts...*, op. cit., p. 14.

(44) Vid. también anteriormente, DE HOYOS: *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales...*, op. cit., p. 821.

(45) COM (2004), 328 final, de 18 de abril de 2004, 2004/0113 (CNS). Sobre este particular, vid. VOGEL: *The European Integrated Criminal Justice System...*, op. cit., p. 134; MORGAN: *Procedural safeguards*, *RIDP*, 77, 2006, pp. 307 y ss., esp. pp. 308 y ss.; VOGEL y MATT: *Gemeinsame Standards für Strafverfahren...*, op. cit., pp. 206 y ss.; KINTZI: *Grenzüberschreitende Kriminalität und reisende Täter – hinkt Europa hinterher?*, *DRiZ*, 2006, p. 114, y MANACORDA: *La consolidation de l'espace de liberté...*, op. cit., pp. 906 y ss.

dar mínimo allí previsto supone de hecho un avance o no<sup>(46)</sup>. En cualquier caso, resulta significativa la fundamentación del rechazo de la Decisión Marco, la cual es reflejo de las discrepancias en esta materia en el ámbito europeo: «En la cuestión relativa a si la Unión es competente para dictar normas jurídicas acerca de procesos que en puridad son estatales (al menos 21 Delegaciones son de esta opinión), o si por el contrario esas normas deberían ser aplicadas única y exclusivamente a supuestos transfronterizos, las interpretaciones son profundamente divergentes<sup>(47)</sup>. Esto es poco convincente, incluso ya por el hecho de que en el caso de medidas de lucha contra la criminalidad, las cuales también surten efectos en el Derecho interno (piénsese sólo en la obligación de interpretación de los Derechos internos conformes al Derecho comunitario<sup>(48)</sup>) no se han hecho valer planteamientos sobre la competencia. Por lo demás, ya en el año 2001 el Consejo mejoró la posición de las víctimas en el proceso penal a través de la correspondiente Decisión Marco<sup>(49)</sup> (sobre este punto, VIDAL FERNÁNDEZ; acerca de la protección de las víctimas de violencia de género, vid. SERRANO MASIP, ambos en esta misma obra) y precisamente esta Decisión Marco ha tenido efectos inmediatos sobre los procesos penales internos, como de forma evidente ha demostrado la tristemente célebre «Sentencia Pupino»<sup>(50)</sup> con la obligación que impone a los Estados miembros de realizar «interpretación conforme» a las Decisiones Marco de sus ordenamientos internos<sup>(51)</sup>.

(46) En semejantes términos, ESSER: «Strafprozessuale Verfahrensrechte in der Europäischen Union», *Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen* (BRÄK-Mitt.), 2007, pp. 53 y ss., esp. pp. 56 y ss.; BACHMAIER: «Proceso penal y protección de los derechos fundamentales del imputado en Europa», en De la Oliva et al. (coords), y «Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo», Madrid, 2007, pp. 41 y ss., esp. pp. 68 y ss. Escéptico, SCHÜNEMANN: «Verteidigung in Europa», *StV*, 2006, pp. 361 y ss., esp. p. 363, y también CALLEWAERT: «EU law on criminal justice from a Strasbourg perspectiva», *ERA-Forum*, 2005, pp. 536 y ss., esp. p. 542, quien, a la vista de la Carta de Derechos fundamentales, previene ante una «inflación» de instrumentos relativos a los derechos fundamentales no suficientemente sincronizados, y a los que los Tribunales de los Estados miembros podrían llegar a exigir demasiado. Crítico con la Propuesta de DM —amarga decepción— y también frente a la posición de la Presidencia alemana del Consejo europeo, vid. <http://www.bmj.bund.de/eu2007>; LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER: «Der Europäische Beschuldigte», op. cit., pp. 275 y ss. También crítica, DE HOYOS: «Acerca de la necesidad de armonizar las garantías procesales de los sospechosos en la Unión Europea...», op. cit., pp. 120 y ss., con un análisis de los artículos 10 y 11, en relación con las personas necesitadas de atención específica.

(47) Comunicado de prensa relativo a la 2807.ª Sesión del Consejo de los días 12 y 13 de junio de 2007 (1026/07 - Presse 125), p. 37. Vid. sobre este particular también ARNOLD: «Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers», *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* (HRRS), 2008, pp. 10 y ss., esp. p. 14.

(48) Acerca de las diversas formas de «europeización», vid. AMBOS: *Internationales Strafrecht*, op. cit., §9, núm. marg. 13.

(49) DM 2001/220/JAI, DOUEL 82, 1. Sobre la transposición de las ventajas de la Decisión Marco en el Derecho alemán ECKSTEIN: «Europa und der Opferschutz», *FS Schroeder*, Heidelberg, 2006, pp. 777 y ss., esp. pp. 787 y ss., el cual duda de las competencias de la UE para la DM sobre protección de las víctimas —op. supra cit., p. 786—.

(50) STJCE, Asunto Pupino, de 16 de junio de 2005 (Rs. C-105/03).

(51) Especialmente crítico con esta Decisión, ADAM: «Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht», *EuZW*, 2005, pp. 558 y ss., esp. pp. 560 y ss.; HERRMANN: «Anmerkung zu

De otro lado, el desequilibrio entre protección del inculpado y de la víctima tiene un paralelismo en los esfuerzos de la UE por instaurar una Fiscalía europea<sup>(52)</sup> y las actuaciones prácticamente sólo privadas tendentes a la institucionalización de un Defensor europeo<sup>(53)</sup>. En todos estos supuestos la política criminal de la UE se inclina claramente por el principio de seguridad —a través del Derecho Penal o, en su caso, de la persecución penal— y deja de lado los principios de libertad y justicia —a través de la abolición de derechos del inculpado y de una defensa adecuada—.

### III

Como resultado de todo lo anteriormente expuesto, es justo constatar que la protección de los derechos fundamentales queda relegada a un segundo plano, por detrás de los esfuerzos tendentes a conseguir una más estrecha cooperación policial y judicial. Además, la falta de unidad o concordancia entre los Estados miembros conduce a una situación insatisfactoria: que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se basa en una comparación de las respectivas Constituciones de los Estados miembros<sup>(54)</sup> o tiene que apelar al CEDH y a la Jurisprudencia del TEDH.

EuGH, URTEIL vom 16.6.2005 - C-105/03 (*Maria Pupino*), *EuZW*, 2005, pp. 433 y ss., esp. pp. 437 y ss.; HILLGRUBER: «Anm. zu EuGH, URTEIL vom 16.6.2005 - C-105/03», *JZ*, 2005, pp. 838 y ss., esp. pp. 841 y ss.; VON UNGER: «Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2006, pp. 46 y ss.; vid. además, BADDENHAUSEN y PIETSCH: «Rahmenbeschlüsse der Europäischen Union», *DVBl*, 2005, pp. 1562 y ss., esp. p. 1566; FETZER y GROSS: «Die Pupino-Entscheidung des EuGH», *EuZW*, 2005, p. 550; GARDITZ y GUSY: «Wirkung europäischer Rahmenbeschlüsse», *GA*, 2006, pp. 225 y ss.; KLINK y PROELSS: «Zur verfassungsrechtlichen Kontrolldichte bei Umsetzungsakten von Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union», *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2006, pp. 469 y ss., esp. p. 472; LORENZMEIER: «Der Rahmenbeschluss als Handlungsform der EU und seine Rechtswirkungen», *ZIS*, 2006, pp. 576 y ss.; SATZGER y POHL: «The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant», *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), 4, 2006, pp. 686 y ss., esp. pp. 695 y ss.; STREINZ: «Anmerkung zu EuGH, URTEIL vom 16.6.2005 - C-105/03», *JuS*, 2005, pp. 1023 y ss., esp. p. 1024; TINKL: «Anmerkung zu EuGH, URTEIL vom 16.6.2005 - C-105/03», *StV*, 2006, pp. 36 y ss.; WEHNERT: «Rahmenbeschlusskonforme Auslegung deutschen Strafrechts», *NJW*, 2005, pp. 3760 y ss.; WEISSER: «Die Wirkungen von EU-Rahmenbeschlüssen auf das mitgliedstaatliche Recht», *ZIS*, 2006, pp. 562 y ss.; PERRON: «Perspektiven der Europäischen Strafrechtsintegration», *FS Küper*, Heidelberg, 2007, p. 429; CHALMERS: «The Court of Justice and the third pillar», *European Law Review* (E.L.Rev.) 30, 2005, pp. 773 y ss., esp. p. 774; KOWALIK-BANCZYK: «Should we polish it up? The polish Constitutional Tribunal and the idea of supremacy of EU law», *German Law Journal* (GLJ), 6, 2005, pp. 1355 y ss., esp. p. 1357; IMPALÀ: «The European Arrest Warrant in the Italian legal system», *Utrecht Law Review* (Utrecht L. Rev.) 1, 2005, pp. 56 y ss., esp. pp. 60 y ss.; RIJEN: «Joint investigation teams», *Utrecht L. Rev.* 2, 2006, pp. 99 y ss., esp. pp. 106 y ss. Desde la perspectiva italiana, DEI RE: «Il minore vittima», *Indice Penale*, 2006, pp. 1243 y ss., esp. pp. 1243 y ss. —destacando la protección de la víctima—. Desde la perspectiva española, MORILLAS y VALLS: «Hacia la nueva realidad de un derecho penal europeo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (RDFUG), 2006, pp. 159 y ss., esp. pp. 169 y ss.

(52) Vid. AMBOS: *Internationales Strafrecht*, op. cit., § 13, núm. marg. 24 y ss.

(53) Reciente e instructivo, ARNOLD: «Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers», op. cit., pp. 10 y ss.

(54) Hay reiterada jurisprudencia en este sentido, vid. STEDH: *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 - Rs. 11/70, núm. marg. 4; STEDH: *Nold*, de 14 de mayo de 1974 - Rs. 4/73, núm. marg. 13; STEDH: *Hauer*, de 13 de enero de 1979 - Rs. 44/79, núm. marg. 15.

Por lo menos existe el artículo 6.2 del TUE, que indica claramente que la «Unión» debe considerar los derechos fundamentales del CEDH<sup>(55)</sup>. Además, el artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la denominada «cláusula de coherencia»<sup>(56)</sup>, dispone incluso que los derechos de la Carta tienen «el mismo significado y amplitud» que los correspondientes derechos del CEDH (además, el Preámbulo de la Carta remite a la jurisprudencia del TEDH). En todo caso, si bien con ello se consigue una amplia *coherencia normativa*, el verdadero problema seguirá consistiendo en que el TEDH, por lo general<sup>(57)</sup>, no es competente para conocer de actos de la Unión Europea *ratione personae*<sup>(58)</sup>, y sólo el TJCE puede constatar posibles vulneraciones de los Tratados por parte de los órganos de la Comunidad Europea [artículo 46.d) del TUE]. Esto conduce a un diverso estándar de Derechos fundamentales al nivel del Consejo de Europa y de la Unión Europea para el caso de que se produzcan interpretaciones divergentes de los Derechos fundamentales por parte del TEDH y del TJCE<sup>(59)</sup>. Todos estos problemas sólo pueden ser evitados, en caso de que la Unión

(55) Acerca del artículo 6.2 del TUE y en general sobre la vinculación de la UE como comunidad de Derecho con el EMRK, vid. FROWEIN: «Die Verklammerung der EU als Verfassungsgemeinschaft mit der EMRK», FS Trechsel, Zürich et al., 2002, pp. 17 y ss., esp. p. 19, y en general. Vid. también PAEFFGEN: «Haus ohne Hüter? Die Justizgrundrechte im Mehr-Ebenen-System von EG-/EU-Vertrag, EMRK und Europäischem Verfassungsrechts-Entwurf», ZStW, 118, 2006, pp. 275 y ss., esp. p. 322; con más indicaciones, VOGEL y MATT: «Gemeinsame Standards für Strafverfahren...», op. cit., pp. 208 y ss., esp. p. 213; DIEHM: Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, Berlin, 2006, pp. 90 y ss.; AMBOS y MEYER-ABICH: «Human rights in Europe and the Americas», en Parmentier/Weitekamp (coord.), *Crime and human rights*, Ámsterdam, 2007, pp. 11 y ss., esp. pp. 19 y ss.; BÖSE: «Aufsichtsrechtliche Vorermittlungen in der Grauzone zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr», ZStW, 119, 2007, pp. 848 y ss., esp. p. 885; CALLEWAERT: «The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice», *ERA Forum*, 2007, pp. 511 y ss., esp. pp. 512 y ss.

(56) PETERS: *Einführung in die EMRK*, München, 2003, p. 31; con más detenimiento, PIETSCH: *Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta*, Baden-Baden, 2005, pp. 106 y ss.; STRUNZ: *Strukturen des Grundrechtsschutzes der Europäischen Union in ihrer Entwicklung*, Baden-Baden, 2006, pp. 156 y ss.; vid. también LINDNER: «Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, Europarecht», (*EuR*), 2007, pp. 160 y ss., esp. pp. 173 y ss.

(57) Acerca del problema que en concreto presenta el solapamiento de las competencias del TEDH y el TJCE en la ejecución de los actos jurídicos de la UE por los Estados miembros de la UE —los cuales son todos ellos al mismo tiempo Estados parte del CEDH—, vid. PETERS: *Einführung in die EMRK*, op. cit., pp. 31 y ss.; CALLEWAERT: «The European Court of Human Rights...», op. cit., pp. 514 y ss.

(58) PETERS: *Einführung in die EMRK*, op. cit., p. 27; CALLEWAERT: «EU law on criminal justice from a Strasbourg perspectiva», op. cit., p. 536; IBING: *Die Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 2006, pp. 62 y ss.; AMBOS y MEYER-ABICH: «Human rights in Europe and the Americas», op. cit., p. 19; vid. también, KRÜGER y POLAKIEWICZ: «Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, 2001, pp. 92 y ss., esp. pp. 95 y ss. Acerca de la diversa cuestión que se plantea con la responsabilidad de los Estados miembros en caso de actos jurídicos de la Unión contrarios al TEDH, véase el instructivo trabajo de SCHALLER: «Das Verhältnis von EMRK und deutscher Rechtsordnung vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK», *EuR*, 2006, pp. 656 y ss., esp. pp. 668 y ss.

(59) Véase sobre este particular, JOKISCH: *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, Berlin, 2000, pp. 139 y ss.; BÖSE: «Der Beitritt der EG zur EMRK aus der Sicht des Strafrechts», *ZRP*, 2001, pp. 402 y ss., esp. p. 403; KÜHNE: «Europäische Methodenvielfalt und nationale Umsetzung von Entscheidungen

Europea no pueda o no quiera ponerse de acuerdo respecto a un estándar común de garantías procesales (en el sentido de la frustrada Decisión Marco), si la UE accede al CEDH (ver artículo I-9 inc. 2 Tratado de Constitución y ahora artículo 6 inc. 2 Tratado de Reforma de la UE) pues ello conduciría a una extensa competencia del TEDH también sobre actos de la Unión Europea<sup>(60)</sup>.

Después de estas explicaciones debería haber quedado clara la importancia del volumen que ahora se presenta, el cual se enmarca en las valiosas tareas que está llevando a cabo el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid<sup>(61)</sup> para lograr una mejora de los Derechos procesales en el Proceso penal europeo. Sólo nos queda esperar que este trabajo encuentre eco entre los responsables de este tipo de decisiones, en Bruselas y en las demás capitales europeas.

Göttingen, junio de 2008.

Europäischer Gerichte», *GA*, 2005, pp. 195 y ss., esp. pp. 199 y ss.; KÜHNE: *Strafprozessrecht*, Heidelberg 7.ª ed., 2007, § 2, núm. marg. 39 a; HERDEGEN: *Europarecht*, München, 9.ª ed., 2007, núm. marg. 38; PETERS: *Einführung in die EMRK*, op. cit., pp. 30 y ss., el cual sin embargo preponderantemente plantea una interpretación de los Derechos fundamentales del TEDH y del TJCE de forma paralela —pp. 28 y ss.—. PIETSCH: «Die Grundrechtecharta im Verfassungskonvent», *ZRP*, 2003, pp. 1 y ss., esp. p. 4, vaticina, en caso de la UE se integre en el CEDH, una disminución de las fricciones. Vid. también MENZEL; PIERLINGS; HOFFMANN y SCHNEIDER: *Völkerrechtsprechung*, Tübingen, 2005, p. 387. Acerca de una interpretación autónoma del TEDH, vid. HECKER: *Europäisches Strafrecht*, op. cit., § 3, núm. marg. 35.

(60) Véase sobre este particular, con más detalle, AMBOS: *Internationales Strafrecht*, op. cit., § 10, núm. marg. 10.

(61) Vid. asimismo la obra coordinada por ARANGÜENA FANEGO: *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, 2007.