

MARIEN AGUILERA MORALES

Justicia penal española y unión europea: un breve balance en clave de derechos*

SUMARIO. 1. Introducción. - 2. Los hitos de la lucha contra la criminalidad a nivel de la Unión. - 3. La pertenencia de España a la Unión Europea, ¿se ha traducido para su ciudadanía en una percepción de mayor seguridad frente al delito? - 4. ¿Ha aumentado el nivel de protección de los derechos y garantías en el marco de la investigación y enjuiciamiento de las conductas delictivas? - 5. Una conclusión y una reflexión final.

1. Introducción

§. ¿Siente, como ciudadano, que la protección judicial de sus derechos ha mejorado debido al hecho de que su país es un Estado miembro de la Unión Europea?

En el compromiso de dar respuesta a esta pregunta, la tentación de recurrir a las encuestas de opinión es grande. Nosotros, al menos, sucumbimos a esta tentación y consultamos el último cuadro de indicadores de la Justicia en la Unión Europea, hecho público el pasado mes de abril¹.

Como es conocido, aunque centrado en la justicia civil y mercantil, este cuadro marca la tendencia del funcionamiento de los sistemas judiciales en los diversos Estados Miembros, nutriéndose al efecto de datos procedentes de diversas fuentes, entre las que este año, y por primera vez, figuraban las encuestas del Eurobarómetro sobre la percepción de los ciudadanos de “los veintiocho” (veintisiete, tras el Brexit) sobre la Justicia o, más exactamente, sobre la independencia de quienes están llamados a administrarla.

Lo que quizá se desconozca es que, entre los concretos indicadores utilizados a la hora de valorar la eficiencia y calidad de la Justicia (parámetros que, junto a la independencia, permiten, a juicio de la Comisión, predicar de un sistema de justicia la nota de eficaz), se encuentran la duración de los procesos, la tasa de resolución, la formación de los jueces o la utilización de las TICs.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Constituye, de otra parte, la base de la Ponencia impartida el 1 de diciembre de 2016, en el marco del Seminario Internacional Complutense de Derecho Procesal «La incidencia del Derecho Europeo sobre la posición jurídica de los justiciables».

¹ El informe resulta accesible en su integridad en: ec.europa.eu (último acceso 28 de noviembre de 2016).

Y puede que también se ignore que, de aquellos tres parámetros —eficiencia, calidad e independencia—, es este último el que peor imagen presenta para los españoles, lo que, en nuestra opinión, puede obedecer más al descontento con la clase política que a la labor realizada por nuestros Jueces y Magistrados.

Se comparta o no esta opinión, en lo que se coincidirá con nosotros es en que, respecto de la cuestión consistente en si la pertenencia de España a la Unión Europea ha supuesto una mejora para nuestros ciudadanos, los indicadores a los que antes nos referíamos no son concluyentes. No, en términos de percepciones; y, menos aún, si estas percepciones se ponen en conexión con la prevención, persecución y efectivo castigo de los delincuentes, o con los derechos y garantías que asisten tanto a quien es víctima de un delito como a quien es investigado o acusado en un proceso penal. Y es que, en el ámbito penal y procesal penal, si algo es verdaderamente decisivo a la hora de admitir o negar mejoras son precisamente estos extremos.

Más claramente: el ciudadano sentirá que ha mejorado la protección judicial de sus derechos si, durante estos treinta años de pertenencia de España a la Unión, percibe que se ha avanzado en la lucha contra la criminalidad (transfronteriza y nacional) y, además, que los derechos y garantías que le asisten, bien como víctima, bien como sujeto pasivo del proceso penal, se han visto reforzados.

En esta consideración —pensamos—, dar respuesta a la cuestión que encabeza estas líneas depende muy estrechamente de estas otras dos cuestiones: 1ª) La pertenencia de España a la Unión Europea, ¿se ha traducido en una sensación de mayor seguridad ciudadana frente a la delincuencia?; y 2ª) ¿Ha aumentado el nivel de protección de las víctimas y de los sospechosos o acusados en la investigación y enjuiciamiento de las conductas delictivas?

2. Los hitos de la lucha contra la criminalidad a nivel de la unión

§. Antes de abordar estas cuestiones, interesa traer a la vista cuáles han sido los principales hitos en la lucha contra la criminalidad a nivel de la Unión; un dibujo que trazaremos aquí desde cuatro perspectivas y con pinceladas gruesas. Aunque cuatridimensional, por tanto, el dibujo que presentamos se halla desprovisto de los necesarios detalles y matices².

² Los detalles y los matices pueden encontrarse en la muy abundante literatura, patria y extranjera, sobre cooperación penal y garantías procesales en Europa. De esta literatura son muestra representativa los trabajos, en lengua española, de GASCÓN INCHAUSTI, F., «En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, julio-septiembre de 2007, núm. 23, 371 a 517; ARMENTA DEU, T., «Aproximación del proceso penal en Europa: proceso penal europeo o

a) Tratados fundacionales

Desde la perspectiva de los Tratados fundacionales, un primer hito fue el Tratado de Maastricht³. Gracias a él la cooperación en materia de justicia penal pasó de estar ausente, como estaba en los precedentes Tratados fundacionales, a erigirse en uno los pilares —el tercero— de la Unión. Con todo, el protagonismo en esta materia tan íntimamente ligada al concepto de soberanía, siguió perteneciendo a los Estados por vía de los convenios intergubernamentales⁴ y sólo en muy segundo plano a las instituciones comunitarias.

En este último sentido el Tratado de Amsterdam⁵ representó una mejora sustancial. Y no sólo —que también— por contemplar por vez primera la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante, ELSJ) entre los objetivos de la Unión, sino porque, en su virtud, la cooperación penal empezó a concebirse como un instrumento al servicio no ya de las políticas criminales de los Estados, sino de una política común, de una política criminal europea. A estos efectos jugaron un papel fundamental las decisiones marco⁶: un instrumento normativo con un potencial armonizador mucho mayor, en línea de principio, que los mencionados convenios intergubernamentales.

europización del proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 22 (2010), pp. 1 a 38; JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Cizur Menor, 2011, esp. 91 y ss.; y LÓPEZ AGUILAR, J.F., «El legislador europeo en materia de seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: avances hacia la cooperación penal en la UE», en *Teoría y realidad constitucional*, n° 32, 2013, pp. 179 a 204; así como las obras colectivas *El Derecho Procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (Coord. Armenta Deu, Gascón Inchausti y Cedeño Hernán), Madrid, 2006; *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea* (Coord. Arangüena Fanego), Valladolid, 2007; *Hacia un verdadero espacio judicial europeo* (Coord. Bujosa Vadell), Granada, 2008; *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal* (Coords. Calderón Cuadrado e Iglesias Buhíques), Cizur Menor, 2009; y *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa* (Dir. De la Oliva Santos y Calderón Cuadrado), Cizur Menor, 2012.

³ Adoptado el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.

⁴ Y, junto a los Estados, al Consejo de Europa; institución en la que por, aquel entonces, tenían su origen la mayoría de las normas convencionales europeas en materia de cooperación penal. Tal fue el caso —destacable— del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.

⁵ Aprobado el 2 de octubre de 1997 y en vigor desde el 1 de mayo de 1999.

⁶ Fundamental asimismo fue la «comunitarización» del denominado «acervo de Schengen», también ligada al Tratado de Amsterdam. Esta «comunitarización» supuso, de un lado, que las acciones de cooperación entre los Estados signatarios del Acuerdo de Schengen (14 de junio de 1985) y del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (19 de junio de 1990) se llevara a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea; y, de otro lado, la atribución al entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de competencias en lo relativo a este acervo.

El tercer y por ahora definitivo hito en este proceso de la lucha contra la delincuencia, ha sido el Tratado de Lisboa⁷, en el que el ELSJ cobra una importancia mayor que en el anterior Tratado de Niza⁸ y en el que todo lo relativo a la cooperación penal se “comunitariza”. Pero no sólo esto.

Así, comparados los preceptos que, desde la firma de Lisboa, dedica el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) a la cooperación judicial civil (uno: el art. 81 TFUE) y a la cooperación judicial penal (cinco: arts. 82 a 86 TFUE), se diría que, entre las actuales prioridades de la Unión, este segundo ámbito pesa tanto o más que aquél, máxime si a los consabidos artículos 82 a 86 TFUE se suman los preceptos dedicados a la cooperación policial (arts. 87 a 89 TFUE) y los derechos fundamentales de alcance penal y procesal penal recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, ahora dotada de eficacia jurídica vinculante. Y a idéntica conclusión se llega teniendo a la vista que es en el contexto de la cooperación penal donde el Tratado de Lisboa se refiere a ciertos órganos e instituciones de la Unión cuya misión es apoyar y reforzar la coordinación de los Estados en la prevención, investigación y persecución de determinado tipo de delincuencia (Euro-pol, Eurojust y la Red Judicial penal) y, más allá, investigar las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la propia Unión (la cada vez más cercana Fiscalía Europea).

b) Bases jurídicas o principios

Desde una segunda perspectiva —la de las bases jurídicas o principios en que se ha basado la competencia legislativa de las instituciones europeas en materia penal y procesal penal—, los hitos han sido tres: el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999; el Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004; y el Programa de Estocolmo, también aprobado por el Consejo Europeo en 2009.

Fue en Tampere donde se acuñó el principio de reconocimiento mutuo sobre el que de aquel tiempo a esta parte se ha asentado el modelo europeo de cooperación penal, aunque sin llegar al punto de desterrar la fórmula de la “asistencia mutua”, aún vigente en el marco de las relaciones de los Estados Miembros⁹.

⁷ Firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

⁸ Como señala ARMENTA DEU, T., el Tratado de Niza (aprobado el 26 de febrero de 2001 y en vigor desde el 1 de febrero de 2003) no tuvo un especial significado en materia de cooperación penal, con la salvedad del papel reconocido a Eurojust. Cfr. «Aproximación del proceso penal en Europa...», cit., 8.

⁹ Baste recordar, en este sentido, la actual vigencia del Convenio de la Unión Europea relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal, de 29 de mayo de 2000 (DOCE serie C, núm. 197, 12-7-00).

Fue el Programa de la Haya el que puso en marcha el llamado principio de disponibilidad, de aplicación al área de la cooperación policial y que impone el intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados Miembros.

Y fue el Programa de Estocolmo el que, en línea con el propio Tratado de Lisboa, abrió la puerta a la adopción de «normas mínimas comunes» en el ámbito procesal penal o, lo que viene a ser igual, al principio de aproximación o armonización legislativa en materias tales como la admisibilidad mutua de prueba entre los Estados miembros; los derechos de las personas durante el procedimiento penal; y los derechos de las víctimas de los delitos (art. 82.2. II TFUE).

No es el caso descender ahora al concreto desarrollo normativo de estos tres principios a nivel de la Unión y menos aún a la respectiva y desigual adaptación de los ordenamientos nacionales a los muy numerosos instrumentos gestados sobre aquellas bases jurídicas. Sí apuntaremos en cambio y por lo que enseguida se dirá que, en 2014, el legislador español cambió la técnica empleada para trasponer a nuestro ordenamiento las normas europeas basadas en el principio de reconocimiento mutuo, inclinándose por recoger todas ellas —incluida la “joya de la corona”: la Decisión Marco sobre la euroorden—, en un texto único: la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*.

c) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En la construcción del ELSJ y de un proceso penal europeo no puede faltar la referencia al Tribunal de Justicia de la Unión.

Primero porque, durante todos estos años y por vía de las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Luxemburgo se ha erigido en valedor indiscutible de esa construcción, hasta el punto mismo —dirán los críticos¹⁰— de anteponer la

¹⁰ Las críticas, fuera y dentro de nuestro país, a esta línea jurisprudencial no han dejado de sucederse. En este sentido, pueden verse, entre otros, los trabajos de DUBOUT, E., «Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel», *Cahiers de droit européen*, 2013-1, 293 y ss.; VERVAELE, J., «The European arrest warrant and applicable standards of fundamental rights in the EU», *Review of European Administrative Law*, 2013-2, 37 y ss.; THUNBERG SCHUNKE, M., «The Manifesto on European Criminal Procedure Law: a commentary on the perspective of mutual recognition and violations of defence rights», *EuCLR*, 1/2015, 46 y ss.; SWOBODA, S., «The self-perception on the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary ruling on judicial cooperation in criminal matters», *ZIS* 7-8/2015, 361 yss.; o, en lengua española, de BACHMAIER WINTER, L., «Quo Vadis. El TJUE y su papel en materia de cooperación penal al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la orden de detención y entrega», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, pp. 26 y ss.; y GARCÍA SÁNCHEZ, B., «¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, sept.-dic., 2013, pp. 1137 y ss.

unidad y efectividad del Derecho europeo al contenido y alcance de los derechos fundamentales a nivel interno. Buen ejemplo de lo que decimos es el archiconocido asunto *Melloni*¹¹; un asunto, por lo demás, de graves implicaciones constitucionales.

Y, segundo, porque, desde el 1 de diciembre de 2014¹² —desde hace justamente dos años—, el Tribunal de Justicia de la Unión tiene plena competencia para conocer de los procedimientos por incumplimiento contra los Estados que infrinjan las disposiciones europeas en materia de cooperación penal. A su condición de intérprete y garante se ha venido a sumar, por tanto, la de agente activo —aunque indirecto— en la efectiva implementación por los Estados de los instrumentos normativos en esta materia¹³.

Esto conecta con la cuestión que hace un momento apuntábamos en relación con la Ley 23/2014. Y es que, si se repara en la fecha de publicación de esta Ley, a uno le asalta la duda de si la *ratio* de esta norma fue, como venía a decir su Preámbulo, disminuir el “producto interior normativo” en relación con el acervo europeo en materia de reconocimiento mutuo o si fue más bien la de evitar la imposición de sanciones económicas por incumplimiento de los plazos de trasposición al ordenamiento español de alguna Directiva¹⁴. Lo que insinuamos, en términos más claros, es que la Ley 23/2014 puede ser tomada como paradigma de que las nuevas atribuciones del TJUE suponen un potente incentivo para que los Estados atiendan a las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, para que los Estados cumplan.

d) Política criminal

Finalmente —y con esto damos por terminado el dibujo— importa no pasar por alto lo que, desde el punto de vista sustantivo o material, ha marcado la política de la Unión: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pa-

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español mediante resolución de 9 de junio de 2011, sobre la ejecución de una orden europea de detención y entrega en supuestos de enjuiciamiento en ausencia.

¹² Nótese que en esta fecha concluyó el período transitorio que, respecto de la vigencia del artículo 267 TFUE, establecía el artículo 10, aptdo. 3, del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa.

¹³ Cfr. BACHMAIER WINTER, L., «Fin del período transitorio del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa en materia de cooperación penal: algunas consecuencias para el TJUE», *La Ley Unión Europea*, núm. 34, 2016, 1 a 10.

¹⁴ Si bien la mayoría de instrumentos europeos a los que alude la Ley 23/2014 habían sido incorporados con anterioridad al ordenamiento español, otros no habían sido transpuestos aún. Tal era el caso de la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre orden europea de protección, para cuya transposición se preveía, como fecha límite, el 11 de enero de 2015.

go, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. No por casualidad estos que citamos son los ámbitos a los que hoy se circunscribe la acción de la Unión a la hora de definir infracciones penales y establecer sus sanciones (v. art. 83 TFUE).

3. La Pertenencia De España A La Unión Europea, ¿Se Ha Traducido Para Su Ciudadanía En Una Percepción De Mayor Seguridad Frente Al Delito?

§. Se ha escrito —y con acierto— que la seguridad constituye la noción central del trinomio que conforma el ELSJ¹⁵. Proveer a la seguridad en este espacio constituye, en efecto, objetivo prioritario de la Unión y de sus políticas de prevención del delito, de cooperación policial y judicial, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales e incluso de aproximación legislativa¹⁶. Se viene a explicar por esto la batería de medidas con las que, desde la Unión, se pretende hacer frente a las conductas delictivas.

Así, y comenzando por las que nos son más cercanas —las medidas procesales o preprocesales—, tenemos que:

En el ámbito de cooperación policial, se ha creado un marco jurídico común al objeto de favorecer el rápido intercambio de información e inteligencia entre las autoridades nacionales competentes; y no sólo en el contexto de las investigaciones delictivas sino, antes aún, en el de las denominadas «operaciones de inteligencia criminal». En este marco jurídico se encuadra, por ejemplo, ECRIS (Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales): sistema que aleja la posibilidad de que se repitan casos como el Michael Fourniret: un guardia forestal, de nacionalidad francesa, condenado en este país por abusar sexualmente y asesinar a varios jóvenes y quien, tras cumplir condena, siguió cometiendo sus crímenes en Bélgica, país este segundo en el que fue contratado como vigilante de un colegio por no constar ningún antecedente penal suyo y no ser posible en aquel momento la consulta de estos

¹⁵ Cfr. JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo...*, *op.cit.*, 131.

¹⁶ «La Unión —reza, en este sentido, el artículo 67.3 TFUE— se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales». En este mismo sentido, v. las conclusiones alcanzadas por el Consejo Europeo de 25 y 27 de junio de 2014 sobre la estrategia en materia de seguridad de la Unión para los cinco siguientes años: *data.consilium.europa.eu*.

¹⁷ Cfr. Directiva (UE) 2016/681, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos de registros de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave (DOUE L 119, 04.05.2016).

datos a nivel de la Unión. O, más recientemente, la Directiva PNR (Registro de Nombre de Pasajeros)¹⁷: norma que permite la recopilación, almacenamiento, análisis e intercambio de los datos de pasajeros de vuelos internacionales e incluso de vuelos en el interior de la Unión, con vistas a prevenir y detectar actividades terroristas u otros delitos graves¹⁸.

En relación asimismo con la *investigación delictiva*, pero ya en el marco de la cooperación judicial, el número de medidas legislativas también ha sido cuantioso. Un ejemplo reciente es la Directiva 2014/41/CE relativa a la Orden Europea de Investigación, en virtud de la cual en el territorio de un Estado miembro podrán¹⁹ llegar a practicarse cuantas medidas de investigación interesen a las autoridades judiciales de otro Estado miembro a efectos de prueba (obtención de datos bancarios y de todo tipo, declaración de sospechosos, testigos o peritos, intervención de las telecomunicaciones, investigaciones encubiertas...), con la sola excepción de la creación de Equipos conjuntos de investigación²⁰.

Y más abundantes aún han sido las normas europeas guiadas por la finalidad de favorecer el *enjuiciamiento* de los delincuentes y *hacer efectivas las medidas y sanciones* de todo tipo (privativas de libertad o de otros derechos, pecuniarias y decomiso) que pudieran imponer a esos delincuentes las autoridades judiciales de cualquier Estado. La larga relación de estos instrumentos, muchos de ellos sobradamente conocidos, nos lleva incluso a prescindir de su cita.

No omitiremos, en cambio, una observación a colación de los también numerosísimos instrumentos normativos europeos acuñados en el terreno de lo *sustantivo*. La observación, por lo demás notoria, es que estos instrumentos han comportado para los Estados una exigencia respecto de la tipificación y máxima punición de un buen número de conductas delictivas. La última re-

¹⁸ Además de los mencionados en texto, muchos otros datos pueden ser compartidos por los servicios de seguridad de los Estados miembros. *V.gr.*: la identidad del titular de un vehículo y de su conductor; la identificación de la residencia o domicilio de una persona; datos de los titulares de teléfono, telex, fax, direcciones de correo electrónico o suscripciones a *webs*; u origen y circuitos de venta de armas. De otra parte, aunque en este mismo orden de cosas, a la posibilidad de intercambiar toda esta información entre los Estados Miembros, se unirá, en un futuro próximo, la de acceder a la titularidad real de las cuentas bancarias, su saldo, los ingresos por intereses y dividendos, y otros datos idóneos para prevenir y combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Cfr. www.europapress.es/economia (último acceso 28 de noviembre de 2016).

¹⁹ Escribimos “podrán” —en futuro— porque los Estados disponen hasta el 22 de mayo de 2017 para incorporar a su derecho nacional las disposiciones de esta Directiva.

²⁰ Cfr. Decisión Marco 2002/465/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (DOUE, L 162, 20.06.2002).

forma de nuestro Código Penal —la operada por LO 10/2015, de 23 de noviembre— es fiel reflejo de estas exigencias, pues, como se reconoce en su Preámbulo, muchas de las modificaciones llevadas a cabo en ella respondían a la necesidad de atender a los compromisos internacionales y, entre estos, a las exigencias de ciertos instrumentos normativos de la Unión²¹.

§. Sentado lo anterior, creer que este haz de medidas no ha redundado en favor de la seguridad de los españoles frente a la delincuencia transnacional e interna es tan absurdo como falaz. Es incuestionable que la actuación de los equipos conjuntos de investigación y la euroorden han sido —y son— clave en la lucha contra el terrorismo etarra y yihadista o el tráfico de drogas; que la posibilidad de consultar las bases de datos de huellas dactilares o perfiles de ADN existentes en otros Estados ha permitido —y permite— la detención y enjuiciamiento de gravísimos delitos cometidos en nuestro país; o que, en fin, hoy resulta más difícil que ayer que los delincuentes u otras personas en su lugar sustraigan a la acción de la justicia los bienes, instrumentos o ganancias provenientes del delito.

Con todo —ningún sentido tiene negarlo— se trata éste de un logro alcanzado a costa de una cierta relajación de los derechos; especialmente, del derecho a la intimidad y a la protección de datos. En esto, el recurso a los ejemplos también puede ser ilustrativo: en España, la cancelación de los datos contenidos en los ficheros policiales de perfiles de ADN respecto de sospechosos que finalmente no han sido imputados se vincula por ley al tiempo de prescripción del delito, lo que no parece compadecerse con las exigencias del derecho a la intimidad y a la protección de datos ni, si se nos apura, con el derecho a la presunción de inocencia²².

Esto segundo nos aproxima a la segunda pregunta a la que nos referíamos en las páginas introductorias a estas otras.

²¹ En concreto, a la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia; a la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; a la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; a la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; a la Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal; y a la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

²² V. artículo 9.1, párrafo IV, de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

4. ¿Ha aumentado el nivel de protección de los derechos y garantías en el marco de la investigación y enjuiciamiento de las conductas delictivas?

§. Como deslizábamos al principio, ésta es cuestión que conviene abordar desde la doble perspectiva de quien es víctima del delito, de un lado, y de quien tiene la condición de sospechoso o sujeto pasivo de un proceso penal, de otro.

§. Comenzando por los derechos y garantías de las víctimas, no tenemos la menor duda de que nuestra pertenencia a la Unión Europea, ha comportado para ellas una mejora sobresaliente²³. Es verdad que, en este contexto, podría haberse avanzado más y que no todas las novedades introducidas son del agrado de todos. Pero también es verdad, al menos con perspectiva histórica, que el catálogo de derechos y garantías que nuestro ordenamiento reconoce hoy a las víctimas debe en muy buena parte su amplitud a la decidida voluntad de la Unión de procurarles la mayor atención posible, sobre todo a las víctimas especialmente vulnerables y en el marco donde tiene lugar la llamada “victimización secundaria”: el proceso penal.

Con otras palabras y echando mano, una vez más, de los ejemplos: si de alguien es el mérito consistente en que, durante la instrucción, se graben las declaraciones del menor víctima de abusos con vistas a ahorrarle el padecimiento de prestar nueva declaración ante el Juez o Tribunal sentenciador²⁴, ese alguien es la Unión Europea. Y lo mismo cabe decir de algunas de las medidas previstas para procurar protección a las víctimas, o de los derechos, en fin, que se reconocen a estas últimas a ser informadas del curso del proceso penal o a participar activamente en él pese a carecer de la condición de parte²⁵.

²³ Sobre las posibilidades de actuación de las víctimas en el proceso penal y desde una perspectiva comparada, *vid.*, por todos, DE HOYOS SANCHO, M., *El ejercicio de la Acción Penal por las Víctimas*, Cizur Menor, 2016.

²⁴ Repárese en que estas previsiones, contenidas en el artículo 26.1, literal a) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y en el artículo 730 LECrim, son fiel trasposición de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo (DOUE L 315, 14.11. 2012).

²⁵ Extramuros del proceso o, lo que es igual, en el plano asistencial o de ayudas públicas, también es sobresaliente la atención que nuestro ordenamiento dispensa a determinados colectivos de víctimas. Lamentablemente, no cabe predicar esto mismo del resto de Estados miembros. Así, en fechas recientes, el Tribunal de Luxemburgo ha estimado el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión frente a la República de Italia, por excluir este país del sistema de ayudas a las víctimas los casos transfronterizos en relación con determinados delitos violentos. Cfr. STJUE (Gran Sala), de 11 de octubre de 2016, asunto C-601/14.

§. En cuanto a los derechos y garantías de sospechosos y acusados, la pertenencia de España a la Unión inclina asimismo el fiel de la balanza hacia la mejora y no hacia el retroceso.

En efecto, en este contexto, los réditos de los que, ya disfrutamos —y de los que, previsiblemente, disfrutaremos en breve— se deben en muy buena parte al constante esfuerzo de las instituciones de la Unión por armonizar ciertos derechos y garantías procesales: un camino éste, el de la armonización, imprescindible para favorecer la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo, y por el que se ha avanzado con el cayado del principio de subsidiariedad y no de corrido²⁶ sino derecho a derecho o —en palabras de Jean Monet— «*step by step*»²⁷.

Así las cosas, a día de hoy, la armonización de los derechos y garantías de los sospechosos, acusados y «personas buscadas»²⁸ alcanza, a nivel de la Unión, a: (1) el derecho a la interpretación y traducción²⁹; (2) el derecho de información³⁰; (3) el derecho a la asistencia letrada, a que se informe a un tercero del momento de la privación de libertad y a comunicarse, durante ésta, con terceros y con autoridades consulares³¹; (4) el derecho a la presunción de ino-

²⁶ Los intentos hechos en este sentido —esto es, en pergeñar un instrumento normativo aglutinador de las garantías procesales a nivel de la Unión— fracasaron. Aludimos, claro es, a la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004 [Documento COM (2004) 328 final] y que terminó siendo retirada en junio de 2007.

²⁷ La conveniencia de ir «paso a paso» ya se dejaba entrever en 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. Este plan instaba a adoptar medidas relativas a los siguientes derechos: traducción e interpretación (medida A); información sobre los derechos e información sobre los cargos (medida B); asesoramiento jurídico y justicia gratuita (medida C); comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares (medida D); salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables (medida E); y Libro Verde sobre la detención provisional (medida F) [DOUE C 295, 04.12.2009]. El Consejo Europeo celebrado ese mismo año acogió este plan de trabajo y lo incorporó al Programa de Estocolmo, puntualizando, eso sí, que las medidas incluidas en ese plan no eran exhaustivas y que la Comisión había de examinar otras cuestiones, como la presunción de inocencia.

²⁸ Expresión empleada en la normativa de la Unión en referencia a las personas sujetas a un procedimiento de orden europea de detención.

²⁹ Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales. [DOUE L 280, 26.10.2010].

³⁰ Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales. [DOUE L 142, 01.06.2012].

³¹ 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 [DOUE L 294, 06.11.2013].

cencia y a estar presente en el juicio³²; (5) las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales³³; y (6) la asistencia jurídica gratuita³⁴.

Por su parte, a nivel interno, contamos ya con la adaptación de nuestro ordenamiento a la mitad de esas normas mínimas y armonizadoras³⁵. A grandes rasgos, las mejoras que esta adaptación ha traído consigo han sido las siguientes:

— Todo investigado o acusado extranjero que no hable o entienda el castellano o alguna de sus lenguas oficiales, o que (extranjero o no) tenga una discapacidad auditiva, cuenta con el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete durante todas las actuaciones del proceso, incluido el interrogatorio policial o fiscal y las conversaciones mantenidas con su Abogado que guarden relación directa con su declaración o que resulten necesarias para la interposición de una solicitud o recurso. Más allá: cuenta con el derecho a que se traduzcan por escrito los documentos que resulten esenciales para garantizar su derecho de defensa³⁶ (esp. arts. 123 a 127 LECrim).

— Todo investigado o acusado cuenta con el derecho a ser informado, en relación con los hechos imputados, sobre cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación; y, en relación con los derechos que le asisten, del consabido derecho a la traducción e interpretación gratuitas y del «derecho de acceso al expediente»; derecho éste de nuevo cuño y esencial sobre todo para los detenidos o presos que pretendan impugnar la legalidad de su deten-

³² Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio [DOUE L 65, 11.03.2016].

³³ Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales [DOUE L 132, 21.05.2016].

³⁴ Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención [DOUE L 297, 4.11.2016].

³⁵ La adaptación vino de la mano de la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2010/64/UE y la Directiva 2012/13/UE (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015); y de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y las medidas de investigación tecnológica (BOE núm. 238, de 6 de octubre de 2015), a la que mayoritariamente se debe la transposición de las previsiones contenidas en la Directiva 2013/48/UE.

³⁶ La importancia de estos derechos reconocidos a los alófonos queda avalada por la estadística, que revela cómo casi una tercera parte de la población reclusa en España (61.614, a fecha de 31 de diciembre de 2015) es extranjera. Cfr. La justicia dato a dato, 2015, p. 59. Accesible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato-ano-2015> (Última entrada, 28 de noviembre de 2016).

ción o privación de libertad. A estas y otras mejoras de contenido se añaden, por lo demás, avances respecto de la forma y el tiempo en que se proporciona la información. Así, p.ej., y también en relación con los detenidos y presos, la información se proporciona por escrito, en un lenguaje comprensible y accesible al imputado y, normalmente, con inmediatez (v. arts. 118.1, 302, 505.3 y 520 LECrim).

— Finalmente, pero no por ello menos importante, debemos a la Unión Europea que el derecho a la asistencia letrada en España se haya visto ampliamente reforzado, especialmente respecto de los investigados o encausados privados de libertad (*i.e.*, respecto de los detenidos y presos preventivos). Como señalamos, el dato es importante, pues lo que en otro tiempo no prosperó a pesar del impulso de nuestro Ministerio de Justicia, ha prosperado ahora gracias al empuje de la Unión. Nos referimos a la «entrevista reservada» entre investigado y abogado previa a prestar declaración ante la policía, el fiscal o la autoridad judicial³⁷; un derecho³⁸ que, en algún sentido, está llamado a cambiar la faz de la práctica policial y que incluso puede acabar irradiando su influencia en materia de prueba ilícita y de presunción de inocencia.

³⁷ Nótese que esta entrevista ya se contemplaba en el texto inicial del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-223-1, 25.03.2002, 19), si bien la previsión terminó siendo excluida en sede parlamentaria. La exclusión tuvo algo de paradójico, pues se realizó a instancia del mismo partido político que, por aquel entonces, lideraba el Gobierno y bajo el argumento de que la entrevista previa entre sospechoso o acusado y su letrado era una disposición general que excedía de la finalidad de la reforma. En este sentido, v. Enmienda nº 196 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 223-7, 96, 23.05.2002.

³⁸ Este derecho aparece consagrado en el párrafo II del artículo 118.2 LECrim y en el literal d) del artículo 520.6 LECrim; preceptos que deben su actual redacción a la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE núm. 239, 6.10.2015). Previamente, no obstante, la ya mentada LO 5/2015, de 27 de abril, había consagrado este mismo derecho en sede del procedimiento abreviado (art. 775.1. II LECrim).

Como se indica en texto, estas previsiones traen su razón de ser del Derecho de la Unión; en particular, de la Directiva 2013/48/UE, cuyo artículo 3, apartados 2 y 3, recoge expresamente el derecho del sospechoso o acusado a entrevistarse en privado con su letrado «antes de ser interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades policiales». Lo que aún no ha sido dicho es, que con la excusa de que el plazo de trasposición de esta Directiva terminaba en noviembre de 2016, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial vino a entender que, hasta esa fecha o hasta que no se aprobara una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no era exigible el derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado antes de la declaración policial. Obviamente se trataba de un entendimiento del todo errado, ya que, en la fecha en que aquella Comisión adoptó esta decisión —el 15 de julio de 2015—, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya había sido modificada por mor de la LO 5/2015.

§. Frente a esto que presentamos como mejoras, cabría tal vez objetar que algunas de ellas lo son sólo «sobre el papel». Y así es, ciertamente.

En este orden de cosas, no ha de ocultarse que entre lo que el Boletín Oficial del Estado reconoce en torno al derecho a la interpretación y traducción y su efectivo disfrute existe una profunda distancia, sobre todo porque, como hay quien ha señalado³⁹, el reconocimiento legal de estos derechos se produjo “en el vacío”, sin posibilidad de aplicación práctica, ya que, según la Disposición Adicional Primera de la propia LO 5/2015, las medidas incluidas en esta norma no podían suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal. Esto ha llevado a que, en la mayor parte del territorio español, el servicio de intérpretes y traductores judiciales se haya externalizado a la empresa privada; externalización que, como recoge la prensa⁴⁰ y avalan algunos cualificados informes⁴¹, está comportando una notable rebaja en la calidad de estos servicios y, por lo mismo, en la protección del derecho de defensa.

En lo relativo al derecho a la información y al derecho a la asistencia letrada, las distancias entre la letra de la Ley y su efectiva aplicación obedecen a ciertas inercias instaladas en la práctica y, más concretamente, en la práctica policial:

Así, entre la información de derechos que se proporciona a los detenidos desde las Comisaría de Policía, es frecuente omitir la relativa al derecho que les asiste a impugnar la detención o a acceder al expediente policial. Más aún: respecto de esto último, la tónica general es bien negar al detenido y a su letrado acceder al atestado policial o bien permitir el acceso pero sólo al letrado

³⁹ FERNÁNDEZ CARRON, C., *El derecho a interpretación y traducción en los procesos penales* (en prensa).

⁴⁰ *Vid.*, por todos, los siguientes artículos publicados en la prensa digital www.economiadigital.es, y www.levante-empv.com (último acceso 28 de noviembre de 2016).

⁴¹ *Vid.* p. 52 del Informe *Rights of suspected and accused persons across the EU: translation, interpretation and information*, publicado en noviembre de 2016 por el FRA (European Union Agency for fundamental rights) y accesible en fra.europa.eu.

Y también el *Informe final del Proyecto sobre garantías procesales en la Unión Europea*, TRAINAC, publicado por el Consejo General de la Abogacía Europea (CCBE) y accesible en: www.ccbe.eu. Según este informe, otras dificultades —legales y prácticas— obstan al real y efectivo disfrute en España de los derechos de interpretación y traducción, tal y como se conciben desde Europa. Así, p.ej., nuestra legislación no contempla la posibilidad de presentar una queja basada en la deficiente calidad de la interpretación o traducción; tampoco prevé la posibilidad de recurrir las decisiones adoptadas por la autoridad policial o fiscal en este sentido; y, por supuesto, huelga toda referencia en ella a las medidas con que controlar la calidad de las interpretaciones y traducciones. Así mismo abundan los casos en que las conversaciones entre letrado y cliente tienen lugar sin el auxilio del intérprete y el Registro independiente de Intérpretes y Traductores aún está por crear (cfr. pp. 10 a 34).

do y únicamente para que lo consulte en el acto, sin posibilidad de hacer copias⁴².

De otra parte, y en relación con la «entrevista reservada» a la que líneas arriba nos referíamos, la Policía la consiente, pero durante un breve lapso de tiempo y, de ordinario, en lugares ayunos de privacidad, como salas abiertas o los pasillos de las dependencias policiales⁴³.

Esto con todo, insistimos en que, a juzgar por lo ya hecho, el balance total apunta a las ganancias, lo que es decir mucho en un país, como el nuestro, secularmente caracterizado por la intensa protección dispensada a los derechos y garantías de la defensa.

§. En cuanto a lo que resta por hacer (*i.e.*, transponer las Directivas sobre el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; sobre las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; y sobre la asistencia jurídica gratuita), los cambios que se avecinan sugieren asimismo ganancias en términos globales, comenzando por la de disponer de un denominador común en estas materias que rijan las relaciones transfronterizas y siguiendo por la de reforzar determinadas garantías que, a nivel interno, vienen sufriendo una cierta relajación de un tiempo a esta parte.

La Directiva sobre la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio bien puede servir de referente a nuestras conjeturas⁴⁴, pues, a pesar

⁴² *Informe final del Proyecto sobre garantías procesales en la Unión Europea*, TRAINAC, cit., pp. 35 a 58. En este mismo orden de cosas, advierte el Consejo General de la Abogacía Española, que, en la práctica, sólo se facilita al letrado que asiste al detenido en comisaría o en el cuartel correspondiente lo que la Comisión Nacional de Coordinación de Policía Judicial consideró que constituyen los “elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención”, esto es: el lugar y fecha de la detención; el delito que motiva la misma; el lugar, fecha y hora de su presunta comisión; un breve resumen de hechos, y los motivos que han llevado a la detención (por ejemplo, la existencia de reconocimiento sin que se especifique quién reconoce, declaración de testigos sin designarlos, huellas dactilares, etc.). Cfr. www.abogacia.es. (Última entrada, 28 de noviembre de 2016).

⁴³ *Ibidem*, 59 a 93.

⁴⁴ En lo demás, los cambios pasarán, con casi toda seguridad, por una reforma de la Ley que regula la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000, de 5 de enero) y de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero), a fin de acomodar las previsiones de una y otra Ley a las de las Directivas (UE) 2016/800 y 2016/1919, respectivamente.

Entre los resultados que cabe esperar de aquella primera reforma —que habrá de operarse antes de 11 de junio de 2019— se encuentra: la introducción de nuevas garantías complementarias a los derechos de información y asistencia letrada de los menores de edad penal; el reconocimiento del derecho de éstos a una evaluación individual con vistas a determinar la necesidad de adoptar medidas especiales durante el proceso penal, su grado de responsabilidad penal y la idoneidad de la sanción o medida que haya de imponérseles; su derecho, igualmente, a un reconocimiento médico y sin dilaciones, si es que están privados de libertad; la grabación audiovisual de los interrogatorios policiales a los que sean sometidos; la revisión periódica de las medidas cautelares que comporten privación de libertad y la adop-

de sus clamorosas ausencias⁴⁵ y de haberse legislado en algunos aspectos con menor decisión y claridad de lo deseable⁴⁶, en otros aspectos, sus previsiones constituyen un avance innegable⁴⁷.

Es lo que ocurre con el principio *in dubio pro reo* y, más acusadamente, con el derecho a guardar silencio.

Así, y respecto del *in dubio pro reo*, es de hacer notar que la Directiva 343/2016, impone a los Estados el deber de garantizar «que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto» (art.6.2), lo que —entendemos— puede abrir una brecha en aquella doctrina

ción, durante ella, de medidas especiales de protección; o el derecho del menor a estar acompañado por el titular o titulares de la patria potestad durante el proceso.

Menos cambios se esperan de la transposición al ordenamiento español de la Directiva sobre asistencia jurídica gratuita, para lo que se dispone hasta el 25 de mayo de 2019. Con todo no debe perderse de vista que, según esta Directiva, los Estados han de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos, acusados y las personas buscadas tengan derecho a que, si lo solicitan, se sustituya al letrado que les haya sido designado para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, cuando así lo justifiquen las circunstancias específicas» (art. 7.4).

⁴⁵ Respecto de las ausencias, VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., destaca tres aspectos en los que hubiera sido deseable el establecimiento de normas mínimas por parte del legislador europeo: en materia de medidas cautelares y, particularmente, de prisión provisional; en materia de soluciones negociadas en los procesos penales; y en lo relativo a los supuestos de inversión de la carga de la prueba. Cfr. «La Directiva europea 343/2016, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio» (artículo pendiente de publicación en *Indret*).

⁴⁶ Entre los delgados o tibios contenidos referidos en texto, destaca, en primer lugar, el propio ámbito de aplicación de la norma; ámbito limitado a las «personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales». Las previsiones de esta Directiva no alcanzan, por tanto, a las personas jurídicas, pero tampoco a las personas físicas sujetas a un procedimiento civil o administrativo sancionador. Sobre éste y otros extremos, v., más detalladamente, GONZÁLEZ MONJE, A., «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39 (2016), 1 a 28; y VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., «La Directiva europea 343/2016...», cit.

⁴⁷ El avance se ha dejado notar ya en Bulgaria, cuyas disposiciones nacionales prohíben que, durante la fase de enjuiciamiento y con ocasión de llevar a cabo el control jurisdiccional de la prisión provisional, el Juez sentenciador se pronuncie sobre la existencia de indicios racionales de que se ha cometido una infracción penal. La proscripción —que le ha valido al país balcánico diversas condenas del TEDH por vulneración de los artículos 4 y 5 CEDH— se ha visto suavizada por un reciente dictamen del Tribunal de casación búlgaro (Varhoven Kasatsionen Sad), que, a expensas de que el Derecho interno se adapte a la Directiva 343/2016, confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de decidir si existen indicios racionales de criminalidad con vistas al mantenimiento de la prisión preventiva. Para el TJUE, la medida patrocinada por el Tribunal de casación no compromete la finalidad de la Directiva. Cfr. Sentencia (sala Cuarta), de 27 de octubre de 2016, asunto C-439/16 PPU.

según la cual el «*in dubio pro reo*» no rige para las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal⁴⁸.

También las nuevas previsiones europeas sobre el *ius tacendi* están llamadas a tener una profunda repercusión en el modo en que nuestros Tribunales vienen interpretando aquel derecho; una interpretación a menudo restrictiva y poco acorde con las exigencias del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

Así, ciertamente, no han faltado las ocasiones en que nuestros Tribunales — con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a la cabeza— han sostenido la posibilidad de extraer consecuencias negativas para el acusado que se niega a declarar o, lo que es igual, que se acoge a su derecho a guardar silencio.

Esta posibilidad se ha fundado, unas veces, en la denominada doctrina del «test de la explicación». Acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz de una ordenanza sobre pruebas en materia penal en Irlanda del Norte⁴⁹, lo que esta doctrina defiende es que así como el solo hecho de que el acusado elija guardar silencio no permite concluir su culpabilidad, en aquellos casos en que las pruebas de cargo requieran de una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, la falta de esta explicación puede llevar a concluir que no existe explicación posible y, por ende, que el acusado es culpable⁵⁰. En otros términos: al albur de esta doctrina, siempre que existan pruebas de cargo, el silencio del acusado, su falta de co-

⁴⁸ Cfr. SSTs 714/2016, de 26 de septiembre (RJ 2016\4720); 708/2014, de 6 de noviembre (RJ 2014\5684); 701/2008, de 29 de octubre (RJ 2008\6442); y 721/2003, de 20 de mayo (RJ 2003\5485).

⁴⁹ Cfr. Asuntos John Murray c. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996; Saunders c. Reino Unido de 17 de diciembre de 1996; y Condrom c. Reino Unido, de 2 de mayo de 2000, entre otros.

⁵⁰ Consideran el silencio del acusado como un indicio de su participación en los hechos delictivos o, cuando menos, como un elemento adicional o de refuerzo de la prueba incriminatoria practicada que coadyuva a la propia condena, las SSTC 9/2011, de 28 de febrero; 26/2010, de 27 de abril; 202/2002, de 24 de julio; y 137/98, de 7 de julio. Igualmente, las SSTs 592/2010, de 20 de mayo (RJ 2010\8145); 84/2010, de 18 de febrero (RJ 2010\3500); 3/2008, de 11 de enero (RJ 2008\235); 358/2004, de 16 de marzo (RJ 2004\2272); 599/2000, de 24 de mayo (RJ 2000\5211); y 554/2000, de 27 de marzo (RJ 2000\3481).

La anterior, con todo, no puede tenerse por una línea jurisprudencial unánime o exenta de matices. Antes bien: entre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo también se encuentran resoluciones que niegan la posibilidad de extraer cualquier tipo de consecuencias negativas para quien ejerce su derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo. Así, SSTC 149/2008, de 17 de noviembre, FJ 6; 148/2008, de 17 de noviembre, FJ 6; 76/2007, de 16 de abril, FJ 8; y 75/2007, de 16 de abril, FJ 6; o SSTs 487/2014, de 9 de junio (RJ 2014\4223); y 230/2013, de 27 de febrero (RJ 2013\2939).

laboración con la Justicia, puede ser valorada como indicio que corrobore su culpabilidad⁵¹.

Otras veces nuestros Tribunales han visto —o, mejor, han querido ver— en nuestra legislación interna el sostén necesario para extraer consecuencias negativas respecto de quien, habiendo prestado declaración en el sumario, decide en cambio guardar silencio en el juicio oral. No se ha tenido así reparos en defender que el silencio del acusado durante el plenario, habilita la incorporación a las actuaciones de las declaraciones prestadas por aquél durante la instrucción con base en lo que dispone (¿?) el artículo 730 LECrim o incluso del artículo 714 LECrim⁵².

Pues bien, a nuestro modo de ver, la cicatera lectura que del derecho a guardar silencio realizan hoy nuestros Tribunales habrá de ser abandonada mañana, habida cuenta de su incompatibilidad con los términos en que la Directiva 343/2016 concibe este derecho. Y estos términos son claros y rotundos: no cabe dotar de valor probatorio al silencio del acusado ni utilizar de cualquier modo este silencio en su contra⁵³.

5. Una conclusión y una reflexión final

§. Frente el desafío que supone la delincuencia grave y de carácter transnacional, debe reconocerse el enorme esfuerzo de la Unión no sólo en prevenirla y combatirla, sino también en garantizar los derechos de las víctimas y los derechos de los sospechosos o acusados, aunque aquéllas o éstos traspasen las fronteras nacionales.

Desde la perspectiva de los ciudadanos españoles, ese esfuerzo de la Unión no ha sido baldío. Al contrario:

En poco o en mucho ha contribuido a acrecentar nuestra seguridad frente al fenómeno delictivo e incluso nuestra confianza en la persecución y efectivo castigo de los delincuentes. Que, en ocasiones, esa seguridad y confianza se hayan visto menguadas, en nada desdice lo anterior, pues la mengua —

⁵¹ El problema, como apunta NIEVA FENOLL, J., es que lo que ocurre en realidad es que esas pruebas son insuficientes para fundar en ellas una sentencia de condena, con lo que el Juez busca en el silencio del acusado un elemento que venga a corroborar su inferencia. Cfr. *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, p. 254. En el mismo sentido, MERKEL, L., «Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio» (trabajo pendiente de publicación en *Justicia*, 2016, n° 2).

⁵² *Vid.*, entre otras, SSTs 95/2010, de 12 de febrero (RJ 2010\1463); 926/2006, de 6 de octubre (RJ 2006\7105); 2545/2001, de 4 de enero de 2002 (RJ 2011\1183). En el mismo sentido, STC 284/2006, de 9 de octubre.

⁵³ «El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos —reza, en concreto, el artículo 7 de la Directiva, en su apartado 5— no se utilizará en su contra no se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate».

estimamos— tiene más que ver con ciertas acciones delictivas que están en la mente de todos que con la falta de acción de la Unión y de sus instituciones por hacerles frente.

Amén de traducirse en una sensación de mayor seguridad frente a la delincuencia, la pertenencia de España a la Unión Europea también ha comportado progresos en lo que concierne a los derechos y garantías tanto de las víctimas como de quienes se encuentran sometidos a una investigación o a un proceso penal. La «prueba del nueve» de estos progresos es hacer un ejercicio mental consistente en imaginar, de un lado, nuestra no pertenencia a la Unión Europea o la inacción de ésta en materia penal, y, de otro lado, la de ser víctimas de un delito en algunos de los que hoy son sus Estados miembros o, lo que aún podría ser peor, la de estar sometidos a una investigación o a un proceso penal en alguno de estos países.

A la pregunta, en suma, de si la protección de los derechos de los españoles ha mejorado gracias a nuestra pertenencia a la Unión, nuestra respuesta es positiva. Es un sí, en términos generales.

§. Cuanto ha sido expuesto nos sugiere asimismo una reflexión que trasladamos al lector a modo de pregunta: ¿no es paradójico que una política criminal tan expansiva como la de la Unión venga avalada por grandes o cuando menos por significativos consensos y, sin embargo, en España, llevemos décadas sin ponernos de acuerdo acerca de cuáles han de ser las bases de nuestra política criminal?