
Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ

Garantismo penal europeo

Madrid, Iustel, 2017, 165 pp. ISBN: 978-84-9890-337-9

La monografía objeto de recensión tiene un formato reducido perteneciente a la colección «Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales» de la editorial Iustel. Está estructurada en cuatro capítulos que abarcan 165 páginas. Los dos primeros capítulos presentan una dimensión más reducida, mientras que el tercero y el cuarto son los cuantitativa y cualitativamente más relevantes.

Carlos Gómez-Jara Díez es abogado y profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid. En esta obra efectúa un análisis sobre los derechos procesales reconocidos en la normativa comunitaria, su recepción en el ordenamiento interno español, la disparidad de criterios entre algunos órganos judiciales españoles y sobre la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia. En el capítulo I lleva a cabo una introducción comparativa con el sistema estadounidense, a propósito del grado de federalización existente en la Unión Europea (UE). El capítulo II se centra en la figura de la cosa juzgada en el ámbito europeo, al hilo del análisis del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS). En el capítulo III analiza el alcance y contenido del derecho de acceso al expediente para los investigados. En último lugar, el capítulo IV valora la repercusión de la ciudadanía europea cuando entra en colisión con la extradición, analizando los principios de libre circulación y de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.

El referido capítulo I aborda la problemática relativa a la existencia de normas penales en el seno de la UE y apunta que existen sentimientos «encontrados» en esta materia, ya que, en ocasiones, los mínimos punitivos de las normas comunitarias son mayores que los mínimos estatales; no obstante, dicha vertiente sustantiva se ve atemperada por las normas de naturaleza procesal, ya que rige el garantismo procesal, por lo que el autor acuña el concepto «*garantismo penal europeo*», que da título a la obra. Sin embargo, se pone de manifiesto la dificultad de armonizar u homogeneizar las legislaciones nacionales, dado que no existe ni un Estado Europeo ni una Constitución Europea. De esta forma, en la UE ha surgido un federalismo supranacional, característico del continente europeo. En este sentido, discrimina entre el federalismo vertical que predomina en los Estados Unidos (EE.UU.), mientras

que en la UE prevalece un federalismo de corte horizontal. Por lo que hace al garantismo penal norteamericano, subraya que su origen se encuentra en The Bill of Rights, y que en un principio la Corte Suprema mantenía que la Carta de Derechos no era aplicable a los gobiernos estatales, sino al gobierno federal. No obstante, la 14ª Enmienda varió esta consideración, con lo que se diferenció entre el «*debido proceso procedimental*», fórmula con la que se aludía a los derechos consagrados en la Declaración, y el «*debido proceso sustantivo*», que está formado por una serie de derechos no explícitamente enumerados que se encuentran amparados bajo el manto del «debido proceso». La evolución en el canon garantista norteamericano vino plasmada por la incorporación de derechos en aquellos casos en los que la Corte Suprema apreció que el nivel estatal carecía de las garantías necesarias.

Por contraposición, la transición al garantismo penal en la UE fue distinta, puesto que ya existían Estados. Por ello, en este caso, se han reforzado garantías preexistentes. En este campo han jugado un papel destacado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y los jueces al aplicar las normas internas, que han llevado a cabo una incorporación de estos elementos. Sin embargo, concreta que se presenta un número reducido de cuestiones prejudiciales en la UE. En último término refiere que la UE confiere mayor protección que EE.UU. a tres instituciones, a saber: i) el principio *ne bis in ídem*, ii) el derecho de acceso al expediente y iii) la ciudadanía y la extradición.

El capítulo II trata el tema relativo a la cosa juzgada europea, que se recoge en el art. 50 CDFUE y en el art. 54 CAAS. Esta institución tiene repercusión en la extradición a Estados no miembros de la UE: la Audiencia Nacional (AN) manifestó en un Auto (AAN) de 14 de enero de 2013 que no puede acordarse la entrega de un ciudadano europeo a un tercer país si concurre «cosa juzgada europea». En este sentido, la jurisprudencia constante del TJUE ha sostenido que las resoluciones dictadas por los Estados parte en el CAAS despliegan el mismo efecto en todo el territorio de Schengen por dos motivos: la libre circulación de personas y el principio de reconocimiento mutuo. Además, el autor analiza los casos en que se aplica el art. 54 CAAS y su difícil encaje con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) y con las resoluciones de la AN, ya que el Ministerio Fiscal (MF) consideró en alguna ocasión que la única consecuencia del doble enjuiciamiento era que si había condena en dos países, se procediese al descuento de las penas cumplidas, y que la esencia del *ne bis in ídem* residía en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. Entiende Gómez-Jara que de la ju-

jurisprudencia del TJUE se deriva que las decisiones de sobreseimiento de la fiscalía despliegan efectos de *ne bis in idem* y que las resoluciones de condena de un Estado parte del CAAS despliegan efectos de cosa juzgada en el resto de Estados parte.

En otro orden de cosas, analiza las relaciones entre los arts. 54 CAAS y 50 CDFUE, y defiende que el TJUE ha efectuado una interpretación extensiva del art. 54 CAAS, ya que, además del antedicho efecto vinculante de las decisiones de archivo de la fiscalía, se argumenta que el principio de reconocimiento mutuo implica la aceptación de la aplicación del Derecho Penal efectuada por otro Estado, aun cuando el propio ordenamiento conduzca a una solución distinta, por lo que la eventual divergencia de calificaciones jurídicas o bienes jurídicos no se puede erigir en un obstáculo. Además, la aplicación del art. 54 CAAS no se supedita a armonización o aproximación, y la alusión del precepto a «*hechos materiales*» debe entenderse como «*existencia de un conjunto de circunstancias que debido a su naturaleza aparecen indisolublemente ligadas entre sí*». El TJUE ha reconocido al *ne bis in idem* como un principio fundamental del ordenamiento comunitario. Asimismo, en lo tocante al art. 50 CDFUE, subraya que se aplica a las relaciones entre Estados miembro y que se aplica a resoluciones dictadas durante la fase de instrucción. Precisa que dicho precepto tiene una gran amplitud, que no conoce de las limitaciones del art. 54 CAAS, en el que se hace depender la aplicación del principio de la ejecución anterior y que posee, por tanto, una redacción general e incondicionada, elevado a categoría de derecho fundamental.

En último lugar, conecta el principio *ne bis in idem* con el *status* de ciudadanía europea y con la libre circulación, y manifiesta que esta última no se puede ver cercenada por las desarmonías existentes entre los ordenamientos internos, y que se ve potenciada por aquel principio. A su vez, la interrelación entre los principios de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y de ciudadanía europea –contenidos, respectivamente en los arts. 18 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)– lleva a que los ciudadanos europeos comiencen a gozar de derechos procesales hasta ahora desconocidos, y se impiden prácticas como el *forum shopping* por los Estados.

El derecho de acceso al expediente es estudiado en el capítulo III, donde se califica como integrante del derecho a un proceso debido, preconizado en el art. 47 CDFUE. Se regula en la Directiva 2012/13/UE y cobra una importancia esencial en casos de secreto de sumario cuando el sujeto se encuentra detenido. El considerando 30 de dicha norma contiene el concepto

de «expediente» que debe ser puesto a disposición de la persona detenida o privada de libertad, que se diferencia en el número 32 del sujeto no privado de libertad, por cuanto en este último caso, el acceso puede ser denegado para defender la vida o los derechos fundamentales de otra persona o, cuando es *«estrictamente necesario para defender un interés público importante»*. Centrados en el contenido material de la Directiva, su art. 7 menciona que deben proporcionarse al detenido los *«documentos relacionados con el expediente que sean fundamentales para impugnar la legalidad de la detención»*. Gómez-Jara efectúa una lectura sistemática del precepto y explica que a las personas detenidas han de proporcionárseles tales documentos –siendo insuficientes las informaciones orales–, y que a las personas meramente sospechosas –no detenidas– se les podrá denegar dicho acceso si existe riesgo para una investigación en curso.

Por otro lado, se analiza el contenido del nuevo art. 505.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) y su interpretación conforme con la Directiva mencionada, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica (LO) 5/2015, que traspuso la normativa comunitaria. Efectúa dos precisiones en este sentido: i) puesto que traspone normativa de la UE, hay que hacer una interpretación conforme con ella. ii) La propia exposición de motivos de la LO refiere que el contenido del derecho de acceso se deriva de la jurisprudencia del TEDH. La letra del precepto meritado proyecta el derecho sobre el *«acceso a los elementos de actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado»*, obligación que también se recoge en el art. 302 LECRIM, relativo al secreto de sumario, por lo que es preciso delimitar qué se entiende por «elementos esenciales». Para ello acude al Auto de 12 de abril de 2016, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial (AAP) de Madrid, en que se constató que la falta de entrega de documentos obrantes en la causa generaba indefensión, por lo que se puso en libertad al sujeto, sobre el que había recaído auto de prisión provisional.

Así las cosas, partiendo de que son insuficientes las informaciones orales y la mera consignación de indicios en el auto que acuerda la prisión, surgen dos cuestiones: en qué momento deben proporcionarse y qué extensión deben tener. Por lo que hace al momento, afirma que en la celebración de la vista sobre prisión provisional, la defensa del detenido tiene que conocer su contenido, por lo que recomienda la previa elaboración de un dossier con los documentos esenciales. En segundo lugar, a propósito del contenido de los «elementos esenciales», refiere que deben emplearse dos criterios, a saber, proporcionalidad y racionalidad; así, si existe secreto de sumario, el acceso

debe limitarse a aquellas actuaciones que fundamenten la petición para el investigado, no para terceras personas. Además, ha de determinarse si se han facilitado la documentación, informes y diligencias citados por el Ministerio Fiscal.

Sobre el fundamento político-criminal de la modificación legislativa, el autor precisa que se encuentra en una lógica razonable, ya que en las investigaciones se sopesarán por el Ministerio Fiscal las consecuencias que podría conllevar solicitar la prisión provisional, y solo se acudirá a dicha institución en los casos absolutamente excepcionales. A su vez, menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 30 de enero de 2017, en que se afirma que una directiva no transpuesta en plazo es fuente de derechos procesales. En último término, puesto que existen resoluciones judiciales discordantes sobre el derecho estudiando, apunta la conveniencia de presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El capítulo IV se dedica a valorar la ciudadanía europea como una garantía frente a la extradición. Dicho *status* se recoge en el art. 21 CDFUE y ha tenido una relevancia decisiva en la trascendental STJUE de 6 de septiembre de 2016, en el caso Petruhhin. Antes de exponer los resultados de dicha resolución, Gómez-Jara efectúa una síntesis sobre la relación entre la prohibición de extradición de nacionales –que se resume en el aforismo *aut dedere aut iudicare*–, en esencia, la problemática surge cuando un tercer Estado –no miembro de la UE– solicita la extradición de un ciudadano europeo no nacional del Estado requerido. Adelanta que el AAN de 20 de febrero de 2015 rechazó plantear una cuestión prejudicial en un caso similar, ya que consideró que la ciudadanía europea no confiere efectos frente a terceros Estados.

Centrado ya en el Caso Petruhhin, en resumen, expone que Rusia emitió una Orden Internacional de Detención contra el Sr. Petruhhin, nacional estonio, que fue detenido en Letonia. Inicialmente, las autoridades letonas accedieron a la extradición, pero con posterioridad el Tribunal Supremo letón planteó varias cuestiones prejudiciales, en las que se cuestionaba al TJUE si se debía garantizar a un ciudadano europeo el mismo nivel de protección que a sus nacionales, si se debía aplicar la legislación del Estado miembro de residencia o del que se tenga la nacionalidad, si el Estado requerido debía verificar que se cumplía el art. 19 TDFUE y con qué alcance y, en último término, introdujo una perspectiva reforzada, ya que preguntó la relación entre el art. 18 TFUE –prohibición de discriminación por razón de nacionalidad– y el art. 21 TFUE –libre circulación–.

Después de esta composición de lugar, identifica el núcleo jurídico de la controversia: i) la dinámica de la prohibición de extradición de nacionales, ii) el principio de personalidad activa, iii) la problemática derivada de una cierta impunidad de la que gozarían los ciudadanos europeos no nacionales de los Estados requeridos y iv) si la diferencia de trato constituye o no discriminación. Asimismo, concreta los siguientes fundamentos de la STJUE: i) se hace partícipe en el procedimiento al Estado miembro del que es nacional el *extraditurus*, ii) se garantiza un fundamento material al concepto de ciudadanía europea, evitando lagunas de impunidad, iii) se acude a la libre circulación de personas: la desigualdad de trato se traduce en una restricción de la libre circulación; iv) es necesario comprobar si existe una medida alternativa menos lesiva. El STJUE concluyó que debía informarse al Estado miembro del que es nacional el *extraditurus*, para que valore la persecución penal por los hechos alegados por el Estado requirente, y si aquél solicita la Orden Europea de Detención y Entrega, ha de entregársele con prioridad al Estado requirente. Gómez-Jara califica como ingenioso ese trámite de información al Estado del que es nacional el sujeto, ya que no se prevé legislativamente. Además, afirma que se consolida el concepto de ciudadanía europea, lo que vincula al «federalismo horizontal» propio del Derecho Penal federal europeo: existe una relación indirecta entre las instituciones europeas y las nacionales, lo que obliga a estas últimas a permitir que otros Estados miembros dispensen la protección pertinente a sus propios nacionales.

En lo tocante a la recepción de esta doctrina en la jurisprudencia española, constata que se aplica en el AAN de 11 de octubre de 2016, en que se analiza la petición de extradición de un nacional chipriota reclamado por EE.UU.. De dicha resolución infiere que en sucesivos procedimientos similares se analizará la nacionalidad del *extraditurus* y se cursará petición de información al Estado miembro de que es nacional. No obstante, en dicho auto se afirma que «*la ciudadanía europea no dispensa per se ningún grado de protección frente a un tercer Estado*», lo que el autor considera como difícilmente reconciliable con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Por este motivo subraya que, dado que se está consolidando un concepto horizontal de ciudadanía europea, queda abierto el debate sobre la aplicación del canon extradicional reforzado en la extradición de ciudadanos europeos de otros Estados.

En último lugar analiza la problemática concreta respecto de terceros países, detallando que en el caso Petruhhin, Rusia no cuenta con un convenio internacional con la UE. Centrado en el supuesto de EE.UU., explica

que sí existe un convenio con la UE (Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003), en que se establece una cláusula específica que regula la fase gubernativa de la extradición y que en dicho acuerdo se enumeran los factores a tener en cuenta para tomar la decisión sobre la prevalencia de la extradición o de la euroorden. Dichas disposiciones se trasladaron al Acuerdo entre España y EE.UU., por lo que, tras la remisión de información al otro estado de la UE, entran en juego tales reglas. Apunta Gómez-Jara que no cabe atender a un automatismo en la aplicación del Convenio bilateral, ya que el mismo no prevé el supuesto de que el *extraditurus* sea un ciudadano europeo. Al hilo de dicho vacío, afirma que la STJUE Petruhhin pone en valor la ciudadanía europea y que en la euroorden no existe fase gubernativa. Defiende que la vía para solucionar la colisión es otorgar prevalencia a la ciudadanía europea dentro del mecanismo previsto en el art. 10.3 del Acuerdo entre la UE y EE.UU., por lo que confiere preeminencia a la euroorden. No obstante, finaliza matizando que se trata de un campo abonado para el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE.

Una vez que hemos expuesto de forma somera el contenido del libro, debemos efectuar una valoración del mismo. Se trata de una obra muy amena, de fácil lectura, muy didáctica, en la que se pone de manifiesto la trascendencia de los derechos procesales en la UE, su evolución y cómo se está modificando la legislación interna de los Estados miembros. El autor domina la jurisprudencia comunitaria, tanto del TJUE como del TEDH, y efectúa interpretaciones correctoras de determinadas resoluciones judiciales –en concreto, de varios Autos de Audiencias Provinciales y de la AN–, en que parte de los postulados del Derecho de la UE. Sin ir más lejos, podemos poner como ejemplo de interpretación certera la ofrecida a propósito del derecho de acceso al expediente, que se ha visto recientemente corroborada por la STC 21/2018, de 5 de marzo de 2018, en la que se analizó un supuesto de un sujeto que fue detenido, y al que no se le permitió acceder al atestado de su detención en dependencias policiales, por lo que su letrado recurrió en amparo alegando que no se le informó de forma suficiente sobre las pruebas que pesaban contra él para su detención y, por tanto, le impidió preparar bien su defensa durante el interrogatorio policial. El Fundamento Jurídico (FJ) 7º de la resolución manifiesta que: «*En la medida en que, para ser suficientes, las razones de la detención deben venir apoyadas en datos objetivos, las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las actuaciones que les dan sustantividad*». En el FJ 8º se asevera que: «[...] a los agentes esta-

tales responsables de su custodia les corresponde informar al detenido por escrito, de forma inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad; y, cuando este sea el caso y el detenido lo solicite, deben también proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente la decisión cautelar». Por ello, concluye en su FJ 10º que «la pretensión de amparo ha de ser estimada en este aspecto, no porque en el caso concreto no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley (información suficiente y escrita, con posibilidad de acceso a las actuaciones que la objetivaban, si así era reclamado), lo que hubiera posibilitado su cuestionamiento ante el Juez del ‘habeas corpus’, garante de que la detención no se haya producido fuera de los casos y en la forma previstos en la ley».

Esta STC es importante porque es la primera vez que el máximo intérprete constitucional se manifiesta sobre dicho particular tras la reforma del año 2015, y la línea acogida es en todo punto coincidente con la sostenida por Gómez-Jara. Asimismo, debemos poner de relieve que el autor analiza con detalle y exhaustividad las instituciones abordadas. En la monografía subyace un profundo sentimiento europeísta, que se ve materializado en la existencia de un *corpus* europeo de derechos fundamentales de naturaleza procesal, lo que propende a aumentar las garantías de los procesos penales y, en definitiva, a dotar de una mayor calidad democrática a los Estados comunitarios. Por tanto, podemos compartir el análisis y las valoraciones del autor en tales supuestos. A su vez, merece una consideración especial el contenido material que se otorga a la ciudadanía europea: la obra expone sin ambages que no nos hallamos simplemente en un mercado común, y que el proceso de integración europeo no es solo económico, sino político y jurídico. Por ello, como europeísta convencido de la fortaleza de la UE, mantengo los postulados de Gómez-Jara. En último término, en lo tocante a la distribución de la obra, podemos afirmar que se da a cada capítulo la importancia cuantitativa que merece: evidentemente, destaca por su peso específico el último capítulo, al que se dedica un mayor número de páginas y presenta una carga conceptual más relevante.

Sin embargo, debemos realizar una serie de puntualizaciones. En primer lugar, una precisión de tipo formal, ya que en ocasiones se cae en repeticiones innecesarias, sobre todo de párrafos de sentencias del TJUE, de artículos de Directivas y de fragmentos de resoluciones judiciales, que se

transcriben y luego se parafrasean, redundando en exceso y ralentizando la lectura. En segundo lugar, se echan en falta algunos aspectos concretos del régimen de la orden europea de detención y entrega, o algún apunte sobre su funcionamiento entre los Estados miembros. Asimismo, no se ahonda lo suficiente en las características del principio de libre circulación, verdadera piedra de toque a la que acude de forma asidua el TJUE a la hora de resolver controversias, lo que podríamos calificar como una suerte de comodín o cláusula de cierre en supuestos dudosos. La última de las matizaciones que podemos efectuar es que en algún momento subyace una crítica soterrada al poder judicial a propósito de la ausencia de una posición firme sobre el Derecho comunitario, así como la ausencia de cuestiones prejudiciales: a este respecto debemos apuntar que, en efecto, uno de los campos en los que debe mejorar la judicatura española –un servidor el primero– es en la aplicación de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, y en concebir de una manera plena que se trata de un ordenamiento que goza de primacía sobre el nacional y que es directamente aplicable. Una vez que he constatado dicho aspecto, no podemos obviar que en los últimos tiempos la judicatura española ha aumentado su peso específico en esta materia: se ha reforzado la especialización, se han implementado cursos, la Escuela Judicial da formación específica sobre Red Judicial Europea y, en última instancia, el Derecho de consumidores y usuarios en España está protagonizando un avance realmente relevante, con variadas cuestiones prejudiciales ante el TJUE que están consolidando no solo derechos sustantivos, sino también procesales, por lo que las críticas en este punto deben ser suavizadas.

No obstante, las puntualizaciones efectuadas no minimizan en absoluto la calidad de la obra. Es un libro muy recomendable, claro, didáctico y expositivo, con el que se aprende, el lector se cuestiona las repercusiones del proceso de integración europeo y cómo le afecta a los ciudadanos europeos la normativa aprobada. Asimismo, las interpretaciones jurídicas de las instituciones estudiadas son lógicas, coherentes, denotan un amplio conocimiento del ordenamiento comunitario y resultan asumibles. Por todo ello, la valoración de la obra es muy positiva, animo a su lectura y felicito desde aquí al profesor Gómez-Jara Díez.

Daniel GONZÁLEZ URIEL
Tribunal Superior de Justicia de Galicia
daniel_glez_uriel@hotmail.com