

ROBERTO E. KOSTORIS
(Ed.)

MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| ABREVIATURAS | 15 |
| NOTAS SOBRE LA TRADUCCIÓN | 17 |
| PREFACIO | 19 |

PRIMERA PARTE

FUENTES

| | |
|--|----|
| CAPÍTULO I. DERECHO EUROPEO Y JUSTICIA PENAL, por Roberto E. Kostoris | 25 |
| Premisa: integración y regionalización en la historia del proceso penal en Europa | 25 |
| 1. EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA..... | 30 |
| A) La Unión Europea después de Lisboa, entre cooperación judicial penal y armonización legislativa | 30 |
| B) La competencia de la Unión | 34 |
| C) Los órganos de producción normativa y los procedimientos legislativos. | 38 |
| D) Los actos normativos | 45 |
| E) El rol del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la competencia prejudicial..... | 52 |
| F) El Derecho de la Unión y el ordenamiento interno: desaplicación e interpretación conforme..... | 61 |
| 2. EL CONSEJO DE EUROPA Y EL SISTEMA CEDH..... | 71 |
| A) Lineamientos generales | 71 |
| B) La interpretación de las normas CEDH por el Tribunal Europeo..... | 74 |
| C) Derecho CEDH y ordenamiento interno..... | 80 |
| D) La obligación de los Estados de ejecutar las sentencias de condena del Tribunal Europeo | 83 |

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| 3. LA DIMENSIÓN RETICULAR DE LAS FUENTES | 87 |
| A) El sistema reticular de las fuentes y la importancia de la jurisprudencia. | 87 |
| B) Lógica <i>floue</i> , racionalidad material y «nueva» legalidad europea | 88 |
| BIBLIOGRAFÍA | 91 |

SEGUNDA PARTE DERECHOS FUNDAMENTALES

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO II. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, <i>por Roberto E. Kostoris</i> | 99 |
| 1. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LAS PERSPECTIVAS DE ADHESIÓN DE LA UNIÓN AL CEDH..... | 99 |
| A) El concepto de tutela multinivel de los derechos fundamentales..... | 99 |
| B) El desarrollo pretoriano de los derechos fundamentales y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 101 |
| C) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea | 104 |
| D) <i>Sigue</i> : Los principios de atribución y de equivalencia | 105 |
| E) <i>Sigue</i> : Límites de los derechos y principio de proporcionalidad | 107 |
| F) <i>Sigue</i> : El principio de mejor protección y su difícil relación con la primacía del Derecho de la Unión | 108 |
| G) El art. 6 TUE | 111 |
| H) Las perspectivas de adhesión de la Unión al CEDH..... | 112 |
| 2. LAS INSTANCIAS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA | 117 |
| A) La base legal: el art. 82 TFUE | 117 |
| B) Las primeras directivas sobre derechos fundamentales adoptadas por la Unión..... | 119 |
| 3. LA TUTELA JUDICIAL | 126 |
| A) Entre cartas, jueces y tribunales..... | 126 |
| B) Los posibles conflictos entre tribunales en la protección de los derechos fundamentales..... | 128 |
| C) El control difuso del juez común y el doble deber de respeto del Derecho de la Unión y el CEDH | 129 |
| BIBLIOGRAFÍA | 130 |
| CAPÍTULO III. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, <i>por Antonio Balsamo</i> | 137 |
| 1. PREMISA | 137 |
| 2. LAS GARANTÍAS GENERALES DEL «PROCESO EQUITATIVO» | 138 |
| 3. LOS DERECHOS ATRIBUIDOS ESPECÍFICAMENTE AL ACUSADO | 152 |
| 4. <i>SIGUE</i> : LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA | 154 |

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| 5. <i>SIGUE</i> : EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN | 157 |
| 6. <i>SIGUE</i> : EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ACUSACIÓN... | 160 |
| 7. <i>SIGUE</i> : EL DERECHO A DISPONER DEL TIEMPO Y LAS FACILIDADES NECESARIAS PARA LA DEFENSA Y A LA ASISTENCIA LE-TRADA..... | 163 |
| 8. <i>SIGUE</i> : EL DERECHO AL EXAMEN DE TESTIGOS | 169 |
| 9. <i>SIGUE</i> : EL DERECHO A LA INTERPRETACIÓN Y A LA TRADUCCIÓN. | 176 |
| 10. <i>SIGUE</i> : EL DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO | 179 |
| 11. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL | 182 |
| 12. LA TUTELA DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA PROHIBICIÓN DE TRA-TAMIENTOS INHUMANOS O DEGRADANTES..... | 188 |
| 13. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD | 193 |
| 14. LA TUTELA DEL ACUSADO MENOR DE EDAD | 200 |
| 15. LA TUTELA DE LA VÍCTIMA | 202 |
| 16. LAS GARANTÍAS REALES..... | 209 |
| BIBLIOGRAFÍA | 212 |

TERCERA PARTE

LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO IV. HISTORIA DE LA COOPERACIÓN , <i>por Anne Weyembergh.</i> | 219 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 219 |
| 2. LOS ORÍGENES DE LA COOPERACIÓN | 220 |
| 3. EL ACUERDO DE SCHENGEN DE 1985 Y EL CONVENIO DE APLICA-CIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN (CAAS) DE 1990 | 223 |
| 4. EL TRATADO DE MAASTRICHT..... | 223 |
| 5. EL TRATADO DE ÁMSTERDAM Y EL TRATADO DE NIZA, LAS CON-CLUSIONES DE TAMPERE Y EL PROGRAMA DE LA HAYA | 226 |
| 6. EL TRATADO DE LISBOA, EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO Y LAS <i>STRATEGIC GUIDELINES</i> PARA EL PERIODO QUINQUENAL 2015-2020 | 234 |
| 7. CONCLUSIONES..... | 243 |
| BIBLIOGRAFÍA | 245 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO V. LA COOPERACIÓN VERTICAL , <i>por Gaetano de Amicis y Ro-berito E. Kostoris</i> | 247 |
|---|-----|

| | |
|----------------------|-----|
| Premisa | 247 |
|----------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. LOS ORGANISMOS CENTRALIZADOS DE COOPERACIÓN ADMINIS-TRATIVA Y DE POLICÍA..... | 249 |
| A) La OLAF y la protección de los intereses financieros de la Unión..... | 249 |
| B) <i>Sigue</i> : Los poderes de investigación de naturaleza administrativa | 252 |
| C) <i>Sigue</i> : Las relaciones entre la OLAF y las autoridades judiciales nacio-nales..... | 257 |
| D) Europol: competencias, poderes y estructura..... | 259 |

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|---------|
| E) <i>Sigue</i> : La base de datos..... | 266 |
| F) Interpol..... | 271 |
| 2. LOS ORGANISMOS CENTRALIZADOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL: EUROJUST | 273 |
| A) Eurojust como Agencia de la Unión Europea..... | 273 |
| B) La estructura..... | 277 |
| C) Funciones y mecanismos operativos de la Agencia..... | 280 |
| D) Las relaciones de Eurojust con otros organismos..... | 283 |
| E) El tratamiento y la protección de los datos personales..... | 285 |
| F) La naturaleza judicial de Eurojust | 288 |
| 3. LOS ORGANISMOS CENTRALIZADOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL: LA FISCALÍA EUROPEA | 289 |
| A) La creación de la Fiscalía Europea..... | 289 |
| B) La estructura de la Oficina..... | 291 |
| C) La competencia..... | 293 |
| D) Investigaciones, pruebas, acciones penales | 294 |
| E) Las relaciones entre la Fiscalía Europea y otros organismos eu- ropeos | 301 |
| F) El reglamento interno de la Fiscalía Europea | 302 |
| G) Perspectivas futuras..... | 303 |
| CAPÍTULO VI. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL, <i>por Gaetano de Amicis.</i> | 305 |
| 1. LAS FORMAS Y LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN POLICIAL... .. | 305 |
| A) La evolución de la cooperación policial desde los Acuerdos de Schen- gen al Tratado de Ámsterdam | 305 |
| B) La cooperación policial en el Tratado de Lisboa | 307 |
| C) Los instrumentos de cooperación policial: la vigilancia transfron- teriza..... | 308 |
| D) La persecución transfronteriza..... | 309 |
| E) El envío en comisión de servicios de funcionarios de enlace | 310 |
| F) El intercambio de información..... | 311 |
| G) El fortalecimiento de la cooperación transfronteriza en el Tratado de Prüm y el «principio de disponibilidad» de la información..... | 313 |
| H) El Sistema de Información de Schengen (SIS) y la oficina <i>Sirene</i> | 315 |
| I) La cooperación aduanera en el Convenio Nápoles II y las Unidades de Información Financiera | 319 |
| 2. LAS FORMAS Y LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL... .. | 322 |
| A) La evolución del principio de coordinación de la investigación en el marco normativo europeo..... | 322 |
| B) Formas y módulos operativos de la coordinación..... | 324 |
| C) El magistrado de enlace | 325 |
| D) La Red Judicial Europea..... | 326 |
| E) La transmisión espontánea de la información | 331 |
| F) Los equipos conjuntos de investigación..... | 333 |
| G) Las entregas vigiladas y las investigaciones encubiertas | 337 |
| BIBLIOGRAFÍA | 338 |

CUARTA PARTE

RECONOCIMIENTO MUTUO, ARMONIZACIÓN Y MODELOS INTERGUBERNAMENTALES TRADICIONALES

| | |
|--|----------------|
| CAPÍTULO VII. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO, por Lorena Bachmaier Winter | 347 |
| 1. LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL Y EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO | 347 |
| 2. DE LA ASISTENCIA MUTUA AL RECONOCIMIENTO MUTUO: DEL MARCO CONVENCIONAL AL DERECHO EUROPEO DERIVADO | 350 |
| 3. RECONOCIMIENTO MUTUO Y CONFIANZA MUTUA | 353 |
| 4. ELENCO DE PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO..... | 357 |
| 5. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO, EN LA ENCRUCIJADA. | 359 |
| BIBLIOGRAFÍA | 360 |
| CAPÍTULO VIII. LIBERTAD PERSONAL Y ENTREGA, por Marta Bargis... | 363 |
| 1. COOPERACIÓN JUDICIAL Y LIBERTAD PERSONAL: PREMISA | 363 |
| 2. LAS FORMAS DE COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL | 364 |
| 3. <i>RATIO</i> Y OBJETIVOS DEL PASAJE DE LA EXTRADICIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA..... | 370 |
| 4. LOS LINEAMIENTOS GENERALES DE LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA..... | 373 |
| 5. <i>SIGUE</i> : EL PROCEDIMIENTO DE ENTREGA..... | 379 |
| 6. <i>SIGUE</i> : LA ENTREGA Y SUS EFECTOS. LA ENTREGA DE BIENES. EL TRÁNSITO | 383 |
| 7. LA INTERPRETACIÓN DE LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA REALIZADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA | 386 |
| 8. LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y LOS RESULTADOS POSITIVOS DE LA APLICACIÓN DE LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA EN LOS ESTADOS MIEMBROS | 415 |
| 9. LAS MODIFICACIONES DE LA DECISIÓN MARCO SOBRE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA A TRAVÉS DE LAS DECISIONES MARCO SUCESIVAS..... | 422 |
| 10. LA PRÁCTICA A NIVEL OPERATIVO, LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS PROSPECTIVAS DE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA | 429 |
| BIBLIOGRAFÍA | 446 |
| CAPÍTULO IX. BÚSQUEDA Y FORMACIÓN DE LA PRUEBA, por Marcello Daniele y Ersilia Calvanese | 457 |
| 1. LINEAMIENTOS GENERALES..... | 457 |
| A) Premisa terminológica | 457 |

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------------|
| B) Los modelos teóricos | 458 |
| C) La obtención transfronteriza de la prueba según el principio de la asistencia mutua y según el principio del reconocimiento mutuo | 460 |
| D) El marco normativo vigente..... | 463 |
| E) La comisión rogatoria | 464 |
| F) El exhorto europeo de obtención de pruebas y su fracaso..... | 468 |
| G) La orden europea de investigación en materia penal (OEI) | 468 |
| H) <i>Sigue</i> : La emisión..... | 469 |
| I) <i>Sigue</i> : La denegación y la ejecución | 470 |
| J) <i>Sigue</i> : La impugnación..... | 473 |
| K) <i>Sigue</i> : La utilidad de las pruebas obtenidas..... | 474 |
| 2. REGISTROS Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS | 476 |
| A) La aplicación del reconocimiento mutuo en la cooperación judicial en materia de registros y aseguramiento de pruebas | 476 |
| B) Las medidas de aseguramiento de pruebas y embargo preventivo de bienes en la Decisión Marco 2003/577/JAI..... | 477 |
| C) De la decisión marco sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas a la directiva relativa a la orden europea de investigación..... | 478 |
| 3. INTERCEPTACIONES DE LAS COMUNICACIONES E INVESTIGACIONES INFORMÁTICAS | 478 |
| A) Lineamientos generales..... | 478 |
| B) Las garantías ineludibles..... | 480 |
| C) Las interceptaciones de las comunicaciones efectuadas con la asistencia de otro Estado | 481 |
| D) Las interceptaciones de las comunicaciones efectuadas sin la asistencia de otro Estado..... | 482 |
| E) Las investigaciones informáticas..... | 483 |
| 4. OBTENCIÓN Y TRANSMISIÓN DE DATOS GENÉTICOS | 489 |
| A) Lineamientos generales..... | 489 |
| B) La transmisión de datos genéticos entre Estados..... | 490 |
| C) La obtención de datos genéticos transfronteriza..... | 492 |
| 5. LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA DECLARATIVA | 493 |
| A) Lineamientos generales..... | 493 |
| B) La jerarquía de las modalidades de declaración..... | 494 |
| C) La declaración de las víctimas de delitos | 498 |
| BIBLIOGRAFÍA | 500 |
| | |
| CAPÍTULO X. <i>NE BIS IN IDEM</i> Y CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, por Pier Paolo Paulesu..... | 503 |
| | |
| Premisa. El problema del doble enjuiciamiento en el espacio judicial europeo: fenómenos de litispendencia y <i>ne bis in idem</i> | 503 |
| 1. <i>NE BIS IN IDEM</i> | 508 |
| A) <i>Ne bis in idem</i> y CEDH | 508 |

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------------|
| B) <i>Ne bis in idem</i> y cooperación judicial: la estructura de la garantía en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen | 515 |
| C) <i>Sigue</i> : El aporte interpretativo del Tribunal de Justicia | 518 |
| D) Conclusiones | 527 |
| 2. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN | 528 |
| A) Lineamientos generales | 528 |
| B) Tipologías de conflictos y soluciones: el documento del «Grupo de Friburgo» y el Libro Verde de 2005 | 529 |
| C) La Decisión Marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales..... | 531 |
| D) Transmisión de los procedimientos penales | 532 |
| E) Intercambio de información entre los Estados en relación con las sentencias firmes. <i>European Criminal Records Information System</i> | 533 |
| BIBLIOGRAFÍA | 537 |
| | |
| CAPÍTULO XI. ASPECTOS DE LA EJECUCIÓN , por Pier Paolo Paulesu | 541 |
| 1. PREMISA | 541 |
| 2. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA | 542 |
| 3. <i>SIGUE</i> : TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS..... | 543 |
| 4. EJECUCIÓN DE SANCIONES PECUNIARIAS..... | 544 |
| 5. RECONOCIMIENTO DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA, ANTECEDENTES PENALES Y REINCIDENCIA «EUROPEA» | 546 |
| 6. <i>SIGUE</i> : CONDENAS <i>IN ABSENTIA</i> Y GARANTÍAS INDIVIDUALES | 548 |
| BIBLIOGRAFÍA | 548 |
| | |
| CAPÍTULO XII. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE DECOMISO , por Ersilia Calvanese | 551 |
| 1. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA ARMONIZACIÓN DE LAS ÓRDENES DE DECOMISO | 551 |
| 2. LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMATIVAS NACIONALES EN MATERIA DE DECOMISO. DE LA DECISIÓN MARCO 2005/212/JAI A LA DIRECTIVA 2014/42/UE..... | 552 |
| 3. EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS ÓRDENES DE DECOMISO EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL | 558 |
| 4. EL REGLAMENTO 2018/1805/UE SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES DE EMBARGO Y DECOMISO | 559 |
| 5. LA COOPERACIÓN CON REINO UNIDO EN MATERIA DE EMBARGO PREVENTIVO Y DECOMISO DESPUÉS DEL <i>BREXIT</i> | 561 |
| BIBLIOGRAFÍA | 563 |

NOTAS SOBRE LA TRADUCCIÓN

Hemos optado por la traducción de los órganos jurisdiccionales y tribunales. Así, por ejemplo, hemos utilizado Tribunal Constitucional italiano para referirnos a la *Corte Costituzionale italiana*; Tribunal Supremo de Casación de Italia, Secciones Unidas, en lugar de *Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite*; Tribunal Constitucional de Bélgica, en lugar de *Cour constitutionnelle*. Sin embargo, en algunos casos hemos preferido conservar ciertos términos en su lengua original, añadiendo una pequeña explicación de su significado.

PREFACIO

A pesar de que la Unión Europea continúe siendo un proyecto inconcluso, que no se tradujo en la creación de una estructura de tipo federal y que se ve recurrentemente amenazada por fuerzas hostiles, el terreno de la justicia penal europea prosigue, si bien con mucha dificultad, un camino de lenta pero constante expansión. Luego de haber sido refundado por el Tratado de Lisboa —que entre sus aspectos más innovativos debe resaltarse la profunda incidencia que tuvo en este sector, antes relegado en el recorrido de integración europea—, su implementación continuó bajo diversas perspectivas: la aproximación de las legislaciones nacionales a través de directivas de armonización; el fortalecimiento de los órganos centralizados de cooperación judicial y de Eurojust en particular y la creación de un nuevo organismo de acusación de la Unión Europea —la Fiscalía Europea— devenida en concreto operativa, si bien por ahora limitada a la persecución de delitos contra los intereses financieros de la Unión; la creación de nuevos instrumentos de reconocimiento mutuo, como la orden europea de investigación en materia penal, y la activa aplicación de aquellos ya existentes, como la orden de detención europea; la identificación de nuevos medios para la lucha contra la delincuencia transnacional capaces de atacar los bienes que sean producto de actividades delictivas; el interés creciente en la creación de sistemas para compartir y facilitar datos e información investigativa y judicial en el ámbito de la Unión.

No menos importantes resultan los escenarios que plantea en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio Europeo de Derechos Humanos: las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuyen a remodelar enfáticamente la lógica y los institutos procesales de los sistemas nacionales.

Desde esta perspectiva resulta de fundamental importancia para los juristas europeos reconocerse en un patrimonio común de valores culturales que permita, por un lado, superar las barreras nacionales a los fines de una lucha más eficaz contra la delincuencia transnacional que se ha beneficiado con la apertura de las fronteras internas a partir del Acuerdo de Schengen y, al mismo tiempo y por otro lado, facilitar el desarrollo y la asimilación de la cultura

de los derechos fundamentales, lo que representa uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo. Y desde estos dos puntos de vista —el de la «espada» y el del «escudo», para retomar una imagen conocida y apreciada por la doctrina europea— el Derecho de las dos Europas, la de la Unión Europea y la del CEDH, no puede sino representar una esencial plataforma común y un importante punto de referencia también más allá de las fronteras europeas.

Además, y desde otro punto de vista, hay que tener presente que el Derecho europeo no solo comprende las relaciones entre los Estados miembros y entre estos y los órganos centralizados europeos y los tribunales europeos, sino que ante todo incide profundamente en los ordenamientos nacionales, modificando su morfología y sus características. Lo que determina, sobre todo para los sistemas del *civil law*, profundos cambios de paradigma difíciles de metabolizar.

Por todas estas razones resulta indispensable dar un soporte reconstructivo a esta «base común» tratando de ordenar razonadamente el imponente conjunto de reglas, principios e institutos que la caracterizan, resaltando los aspectos de mayor relevancia. Y justamente porque los aspectos procesales de la justicia penal europea en su conjunto se han vuelto esenciales y preponderantes, además de extremadamente articulados, hemos considerado necesario examinarlos de modo específico, ofreciendo un cuadro completo y exhaustivo. Sin lugar a dudas es posible encontrar a nivel europeo otras obras dedicadas genéricamente al «Derecho penal europeo». Sin embargo, por un lado se dedican únicamente al Derecho de la Unión y no se refieren al Convenio Europeo de Derechos Humanos mientras que ambos sistemas merecen ser conocidos y comparados; y, por el otro, generalmente tratan conjuntamente aspectos de Derecho penal sustancial y procesal. Este tratamiento conjunto generalmente tiende a dar relevancia al primero en perjuicio del segundo. Creemos que, por el contrario, es indispensable dar a los aspectos procesales todo el espacio y la atención que merecen y por eso hemos querido dedicar este manual entera y exclusivamente a ellos. Pensamos que tal obra representa la única tentativa en Europa de dedicar una obra únicamente a temas de Derecho procesal penal europeo.

Una vez aclarado el propósito con el que ha sido concebido este volumen, es necesario hacer una aclaración en cuanto a su título y, por consiguiente, a su contenido. La expresión *Manual de Derecho Procesal Penal Europeo* puede parecer ambigua, pues podría hacer pensar que existe un conjunto ordenado de normas que regulan, al menos en sus aspectos de fondo, un «proceso penal europeo» y que este volumen se proponga ilustrarlo. Pero ello no es cierto: no existe ningún «modelo» procesal al cual tengan que ajustarse los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión ni existe un conjunto de «reglas federales» europeas centralizadas dirigidas a perseguir delitos de tipo «federal», como, por ejemplo, los cometidos contra los intereses financieros de la Unión. La razón por la cual se ha elegido este título es la siguiente: si bien este manual trata aspectos muy diferentes que van del sistema de fuentes a los derechos fundamentales, del sistema de la Unión al del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de las formas y organismos de cooperación

PREFACIO

judicial a los instrumentos de reconocimiento mutuo, es posible entrever las líneas de un gran diseño que, aunque todavía no haya sido definido en todos sus aspectos, se presenta suficientemente articulado para ser expuesto con un orden razonado que puede ser útil para estudiosos, operadores y estudiantes.

Con esta perspectiva, esperamos que este volumen pueda contribuir a un mejor conocimiento de estas complejas problemáticas e incluso estimular una «auténtica cultura judicial y policial europea», considerada uno de los objetivos prioritarios de la Unión.

Este volumen representa la versión española actualizada y ampliada del *Manual* publicado en Italia por la editorial Giuffrè (cuarta edición 2019). La excelente acogida que ha tenido la obra en Italia nos ha animado a pensar en publicarlo primero en inglés (Springer, 2018) y ahora en español, de modo que pueda alcanzar un público cada vez más vasto.

Deseo agradecer particularmente al Dr. Ph. D. Massimo Bolognari, que me ha ayudado en el complejo trabajo de revisión de borradores, y a la abogada Victoria Moszoro, que ha traducido la obra con un espíritu de dedicación admirable.

Roberto E. KOSTORIS
Padua, Italia

PRIMERA PARTE
FUENTES

CAPÍTULO I

DERECHO EUROPEO Y JUSTICIA PENAL

Roberto E. KOSTORIS

SUMARIO: PREMISA: INTEGRACIÓN Y REGIONALIZACIÓN EN LA HISTORIA DEL PROCESO PENAL EN EUROPA.—1. EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA: A) La Unión Europea después de Lisboa, entre cooperación judicial penal y armonización legislativa. B) La competencia de la Unión. C) Los órganos de producción normativa y los procedimientos legislativos. D) Los actos normativos. E) El rol del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la competencia prejudicial. F) El Derecho de la Unión y el ordenamiento interno: desaplicación e interpretación conforme.—2. EL CONSEJO DE EUROPA Y EL SISTEMA CEDH: A) Lineamientos generales. B) La interpretación de las normas CEDH por el Tribunal Europeo. C) Derecho CEDH y ordenamiento interno. D) La obligación de los Estados de ejecutar las sentencias de condena del Tribunal Europeo.—3. LA DIMENSIÓN RETICULAR DE LAS FUENTES: A) El sistema reticular de las fuentes y la importancia de la jurisprudencia. B) *Lógica floue*, racionalidad material y «nueva» legalidad europea.—BIBLIOGRAFÍA.

PREMISA: INTEGRACIÓN Y REGIONALIZACIÓN EN LA HISTORIA DEL PROCESO PENAL EN EUROPA

La configuración jurídica de una Europa compuesta por ordenamientos, estructuras, órganos jurisdiccionales centralizados (en el caso de la Unión Europea, incluso por un «espacio judicial» común) que operan también en el ámbito de la justicia penal y que vinculan a los Estados miembros, pertenece claramente al presente y se realiza de formas peculiares que no encuentran correspondencia en modelos precedentes. Sin embargo, si volvemos la mirada al pasado, podemos constatar que la historia del proceso penal en el continente europeo no se caracteriza por un desarrollo a nivel exclusivamente local. Por el contrario, se encuentra marcada por una alternancia —y a veces, contraposición, e incluso, entrelazamiento— de particularismo y universalidad, de regionalización e integración, de rígidos límites municipales y dimensiones supranacionales.

En una primera etapa, que corresponde a *grosso modo* a la época que va desde la Baja Edad Media hasta el Iluminismo, se pueden ver rastros de un recorrido en común, un método judicial aplicado de modo bastante uniforme en los territorios de Europa continental, aún en el contexto de dispersión de fuentes; en una segunda etapa, que corresponde a la edad de las codificaciones y que se extiende hasta la segunda mitad del siglo XX, el proceso penal vive en una dimensión típicamente estatal; en una tercera, que corresponde a la contemporánea, esta última dimensión se combina cada vez más estrechamente con una dimensión supranacional en el marco de una integración europea, ya no solo en el plano económico y comercial, sino también en el plano de la justicia penal.

Se pueden individuar no pocas analogías entre el sistema multinivel que caracteriza a la actual estructura de las fuentes supranacionales y su combinación con aquellas nacionales en el complejo proceso de integración europea y el pluralismo de fuentes medievales, caracterizado por la presencia unificadora de un *ius commune* de matriz justiniana sustentado e integrado por un vasto conjunto de normas particulares, de *iura propria* —leyes, estatutos, costumbres, decisiones de autoridades laicas y eclesiásticas, en las que resuenan las contradicciones y los entrelazamientos de las fuentes de producción que se refieren a las dos grandes instituciones supranacionales de aquel entonces: la Iglesia y el Imperio—, de un derecho de matriz doctrinaria (*auctoritas doctorum*) y, sobre todo, de un robusto derecho jurisprudencial, por aquel entonces al igual que hoy, de fundamental importancia en la economía del sistema. Con respecto al proceso penal, no obstante la pluralidad de fuentes, una *sustancial uniformidad de instrumentos y procedimientos* había sido favorecida sobre todo gracias al proceso inquisitivo que, a partir del siglo XIII, se desarrolló en el ámbito eclesiástico a través del proceso romano-canónico, para difundirse rápidamente en las instituciones laicas y cuyos principios de fondo podría decirse que fueron aplicados con mínimas variantes en el ámbito de toda Europa continental por un prolongado arco de tiempo, hasta el advenimiento de la Revolución francesa. Por otra parte, esa suerte de gran entidad supranacional que fue el Sacro Imperio Romano también había intentado propiciar una cierta forma de armonización normativa a través de dos intervenciones específicas: aquella emanada en 1532 por Carlos V de Habsburgo, que lleva el nombre de *Constitutio criminalis Carolina* y aquel representado por el Código de los delitos y transgresiones políticas graves, promulgado por Francisco II de Habsburgo en 1803.

Actualizando e innovando los llamados *Libri terribiles* del Digesto de Justiniano, del cual habían tomado inspiración los particularismos de las legislaciones municipales durante la Edad Media, la «Carolina» se proponía uniformar la disciplina del Derecho y del proceso penal en los territorios imperiales. Un proyecto muy ambicioso que, aunque en el fondo se adecuaba a las ideas sobre la política criminal de la época, inspiradas en la lógica inquisitorial, por primera vez pretendía *unificar normativamente y, en particular, en «materia penal» una amplia parte de Europa continental*, con fuerza de fuente primaria solamente en la nación germánica y en forma supletoria en numerosos territorios europeos. Casi tres siglos después, en un contexto

muy diferente, ya en el exordio de la época de las codificaciones y poco antes de que la experiencia milenaria del Imperio Romano Germánico terminara para siempre, el *Código de los delitos* reproponía, por su parte, un nuevo, aunque efímero, proyecto de legislación transnacional. En esta vocación «universalista» —aunque, reiteramos, no en razón de sus contenidos (que son sensiblemente diferentes)— «Carolina» y *Código de los delitos* pueden ser considerados precedentes significativos respecto a la idea de una disciplina y de un espacio judicial europeo. Es más, se trata de precedentes que en ciertos aspectos eran más avanzados, no solo por haber sido concebidos, como se decía, directa y exclusivamente en función del Derecho y del proceso penal, materias que en cambio fueron relegadas en el lento proceso de integración europea, sino porque específicamente se proponían conseguir ese resultado de homogeneización normativa que hoy en día resulta todavía muy lejano.

El ocaso del Sacro Imperio Romano coincide con el *desarrollo de las ideas iluministas*; las ideas de Montesquieu, Voltaire y Beccaria circulan rápidamente por Europa e influyen sobre muchas legislaciones penales. Herederos del iusnaturalismo, los iluministas predicaban un orden jurídico modelado sobre la pureza del estado de naturaleza. Esto, por un lado, los llevará a elaborar una concepción abstracta del Derecho que distingue toda la modernidad jurídica y que hoy se encuentra bajo una fuerte revisión crítica, pero por el otro, los conducirá a *diseñar espacios de libertad del hombre contra las arbitrariedades del poder*. Una idea en la cual radican los gérmenes del constitucionalismo moderno, y a partir de la cual por primera vez se empieza a hablar de derechos inalienables del acusado y se mueven en dirección de un nuevo universalismo penal en franca crítica a los principios inquisitivos, cuyos primeros frutos estarán representados por el gradual abandono de la práctica de la tortura judicial, emblema de la edad más oscura del proceso penal.

El momento de quiebre con el pasado estará dado por la Revolución francesa. El periodo revolucionario es rico en experimentos normativos que miran al proceso acusatorio del *common law* de la vecina Inglaterra. Se trata de un breve momento de discontinuidad. Napoleón le pondrá fin con el *Code d'instruction criminelle* de 1808, que *se inspira en un nuevo modelo de proceso penal «mixto»*, el cual, aun proponiéndose conjugar las viejas instancias inquisitivas con las nuevas instancias acusatorias, legado de la Revolución, hará prevalecer las primeras en relación con las segundas, en función del nuevo régimen autoritario, presentándose de este modo como una versión edulcorada de proceso inquisitivo. A través de las campañas napoleónicas este modelo será exportado a gran parte de Europa continental. Sin embargo ya empiezan a tomar forma las realidades nacionales, con sus reivindicaciones autonómicas y sus movimientos de codificación. Estos últimos son tributarios de la aspiración iluminista a la racionalización del Derecho, sustituyendo la fragmentariedad y la fluidez de las fuentes de origen medieval con una disciplina unívoca, orgánica, sistemática, fundada en un pensamiento lógico-abstracto. Pero *señalan también la nacionalización del Derecho y, en lo que nos concierne, del proceso penal*. Ciertamente algunos de esos códigos se inspiran en los cánones del modelo napoleónico de proceso mixto (así, p. ej., además de la experiencia francesa, en la italiana, la belga y la holandesa);

sin embargo en todos los casos surgen como forma peculiar de expresión de la soberanía de las nuevas realidades estatales que se están formando en Europa: *justicia penal y soberanía estatal se vuelven un binomio indisoluble*; en la primera, la segunda encuentra su momento de máxima expresión. De aquí la renuencia a aceptar intromisiones en esta esfera reservada al celo de los Estados en la defensa de sus prerrogativas «soberanas» en materia penal.

En cambio, como es sabido, *una experiencia totalmente diferente y separada ha caracterizado a Inglaterra*, donde el Derecho no ha sido emanado de un poder político centralizado, a la par de lo que ha ocurrido con respecto a la ley en los países del *civil law*, sino que se ha formado a través de un sistema jurídico complejo, el *common law*, construido a partir de la elaboración jurisprudencial, la historia, las tradiciones. Un Derecho con una fuerte impronta casuística, con específicas connotaciones de equidad, que se ha mantenido a lo largo del tiempo, desde la Baja Edad Media y sin solución de continuidad durante toda la época moderna, sin que Inglaterra conociera la experiencia continental de las codificaciones. En este contexto, la creación de un instituto como el jurado (en un primer momento solo como órgano de acusación, luego como órgano decisorio) ha impedido —salvo la experiencia muy limitada del proceso ante la *Star Chamber*— que en la isla se arraigaran los gérmenes del proceso inquisitivo continental, y ha jugado un papel central en el desarrollo de un proceso penal de tipo acusatorio, caracterizado por la oralidad, la publicidad y una fuerte carga agonística entre los contendientes, llamados a confrontarse ante los jurados. Aquel proceso que habrían observado con admiración los mismos iluministas y el legislador de la Francia revolucionaria. Con el giro del protoconstitucionalismo del siglo xvii, documentos político-legislativos de gran relevancia como el *writ of Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of rights* (1689) sancionarían algunas de las garantías fundamentales del proceso penal, como el derecho a la libertad personal, la protección contra detenciones arbitrarias, el *due process of Law*, el derecho a un proceso célere, a una pena proporcionada y razonable, el principio *ne bis in idem*. Mientras, ya a partir de comienzos del siglo xvii se afirmaba uno de los principios centrales del proceso penal del *common law* respecto del imputado, como el *right to confrontation*. Se trata de garantías que, implementadas en los siglos siguientes, estarán destinadas a entrar en el patrimonio jurídico moderno y contemporáneo, más allá del ámbito del *common law*, y que, junto con la aproximación pragmático-fáctica que caracteriza a esta experiencia jurídica de derecho eminentemente jurisprudencial, serán desde muchos puntos de vista un modelo para la construcción de las categorías conceptuales de la justicia penal europea.

El complejo camino de integración europea marca la época en la que vivimos. Esto replantea una nueva multiplicación de fuentes normativas, con las infinitas intersecciones y combinaciones que de ella se derivan. Pero la perspectiva cambia radicalmente. La universalidad del proceso penal del medioevo reflejaba esencialmente un estado de hecho; encontraba su momento unificador en el método inquisitivo; el actual proceso de integración europea, incluso desde el punto de vista de la justicia penal, se presenta, en cambio, como el resultado de un «proyecto» y de una «elección». Induda-

blemente, y aunque de manera diferente al pasado, también la primera fase del proceso de integración europea en el marco de la cooperación judicial en materia penal y de policía se ha *desarrollado casi exclusivamente en el ámbito de la represión*. Alrededor de la «espada» y de la lucha contra los «enemigos», la convergencia y la agregación han sido siempre más sencillas. El verdadero desafío y el verdadero salto de calidad están en *integrar* en la cooperación judicial y en la armonización de las legislaciones europeas, *las instancias represivas con las garantías procesales*: es un camino difícil pero irrenunciable en una Europa fundada sobre los derechos, como fuera delineada en el Tratado de Lisboa y en la Carta de Niza.

Claro, la Unión Europea no es un Estado federal; no tiene una función de gobierno centralizado del territorio; sus competencias son solo aquellas que le han atribuido los Estados adherentes. Pero la fuerza expansiva de su producción normativa y jurisprudencial es irrefrenable. El proceso penal de las codificaciones había desarrollado a través de la jurisprudencia y la doctrina una lógica interpretativa y sistemática evolucionada y refinada, pero de coordenadas autárquicas: el universo jurídico era solo aquel contenido en las normas nacionales, con las certezas tranquilizadoras que esta postura podía determinar. Hoy en día este enfoque no es sostenible ni real. Ya no nos encontramos ni mucho menos nos encontraremos ante un proceso penal «estado-céntrico»: las reglas aplicables son y serán siempre en mayor medida el resultado de profundas interacciones entre Derecho nacional y Derecho supranacional, sea en el ámbito de la cooperación judicial y de policía, sea, sobre todo, en el ámbito interno. Por tanto, para conocerlas es esencial ampliar el campo visual a las fuentes europeas.

* * *

¿Con qué instrumentos, de qué forma, con qué límites inciden estas fuentes en nuestra materia? Para responder a ello ante todo es necesario recordar que existen dos grandes sistemas de producción jurídica que caracterizan al escenario europeo: el de la Unión Europea y el del Consejo de Europa; el más antiguo es este último, que, en lo que nos concierne, tiene como eje principal el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y que, en razón del elevado número de Estados que se han adherido a él (47), suele llamarse *Europa «grande»*; mucho más joven es el primero, al cual adhiere un número menor de Estados (27, considerando el procedimiento de salida de la Unión Europea de Gran Bretaña luego del referéndum del 23 de junio de 2016) y que, por este motivo, suele llamarse *Europa «pequeña»*, si bien ha asumido una importancia de clara superioridad en razón del carácter vinculante de su ordenamiento —también en nuestra materia— respecto a los ordenamientos nacionales. Se trata de dos sistemas distintos, los cuales, como veremos, tienen campos aplicativos diferentes, pero que al mismo tiempo presentan fuertes puntos de contacto: basta pensar que los derechos fundamentales elaborados por el sistema CEDH representan un arquetipo de fondo también para la producción normativa de la Unión Europea y que la Unión misma está destinada a adherir al Convenio Europeo. Conviene, entonces, exami-

narlos separadamente, comenzando por el sistema de la Unión que, por su relevancia, presenta a nuestros fines una importancia fundamental y del todo prioritaria y en cuya perspectiva este volumen ha sido en su gran parte concebido.

1. EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) La Unión Europea después de Lisboa, entre cooperación judicial penal y armonización legislativa

La historia que ha llevado al desarrollo de la Unión es muy compleja. Además, en lo que concierne a nuestra materia, se encuentra profundamente entrelazada y casi identificada con la historia de la cooperación policial y judicial en materia penal. Hablaremos entonces de ella cuando sean tratadas específicamente esas temáticas. Aquí nos limitaremos a una brevísima referencia a la evolución de las instituciones comunitarias, ofreciendo un sintético cuadro de las competencias, los procedimientos decisorios, los actos normativos y la protección jurisdiccional de la Unión que sean relevantes a nuestros fines.

El punto de partida del proceso que ha llevado a la situación actual nace de la voluntad de reforzar, luego del segundo conflicto mundial, la cooperación económica entre los Estados con la institución por parte de seis países (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) en 1951 de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), al cual siguen en 1957 la CEEA o Euratom (Comunidad Europea de la Energía Atómica) y la CEE (Comunidad Económica Europea), a fin de garantizar la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales entre los Estados. En 1985 el Acuerdo de Schengen sienta las bases para la abolición de las fronteras internas, mientras que en 1988 con el Acta Única Europea se intentan transformar las tres comunidades en una única Unión Europea, desarrollando políticas comunes incluso en sectores no estrictamente económicos, como la política exterior, la seguridad, la lucha contra la criminalidad transfronteriza, a la que la apertura comercial seguramente habría abierto nuevos espacios operativos. Sin embargo, la Unión Europea será establecida recién con el Tratado de Maastricht de 1992 (Tratado de la Unión Europea o TUE), mediante la conocida estructura de tres «pilares»: el primero, estrictamente comunitario, para las materias reservadas a la Comunidad Europea, en el cual se fundían la CEE y la CECA; el segundo, atinente a la cooperación intergubernamental en materia de política exterior y de seguridad común; y el tercero, dedicado a la cooperación intergubernamental en materia de justicia y asuntos internos (JAI), comprensivo de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Esta estructura basada en pilares implicaba un sistema organizado en métodos de acción fundados en principios, procedimientos e instrumentos diferenciados según el sector de competencia: por un lado, el método intergubernamental reservado a la política exterior y de seguridad común y a la