

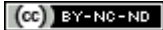
Revista Crítica Penal y Poder

2017, nº 12

Marzo (pp.168-202)

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



**LOS DERECHOS DE LOS INVESTIGADOS Y LA
PARIDAD DE ARMAS EN LA COOPERACIÓN
JURÍDICA INTERNACIONAL PENAL EN EL ÁMBITO
DE LA UNIÓN EUROPEA: EL FUTURO DEL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA DEFENSA**

*THE RIGHTS OF THE INVESTIGATES AND THE EQUALITY OF
ARMS IN THE INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE IN
CRIMINAL MATTERS IN THE EUROPEAN UNION: THE FUTURE
OF THE RIGHT TO DEFENSE*

Viviane Ceolin Dallasta Del Grossi¹

Defensora Pública Federal (Brasil)

RESUMEN

Este estudio intenta evitar una visión reduccionista de la cooperación jurídica internacional, en el sentido de que no se olvide que tras la función punitiva del Estado se halla una persona con garantías y derechos establecidos históricamente. Teniendo en cuenta esta premisa, se trata de analizar las

1 Correo electrónico para contacto: viviane.dallasta@usp.br

regulaciones específicas de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema: qué derechos y garantías deben ser considerados por los Estados con el fin de garantizar un procesamiento penal equitativo desde la perspectiva de los principios de contradicción y de la amplia defensa adversaria, así como del prevaleciente principio de la dignidad humana, desde la perspectiva de los principios de contradicción, defensa jurídica y paridad de armas. En este contexto, el presente trabajo tiene como ámbito principal investigar la posibilidad de la cooperación jurídica internacional en materia de defensa penal, por la vía de una institución semejante a la Fiscalía.

Palabras clave: *Cooperación Jurídica Internacional Penal – Defensa Penal – Paridad de Armas – Unión Europea – Derechos de los Sospechosos – Acceso a la Justicia.*

ABSTRACT

This study intends to elide a reductionist view of international legal assistance, in the sense that we cannot forget that, on the other side of the punitive function of the State, there is a person with numerous safeguards and rights provided historically. Given this premise, it will be analyzed the specific regulations of the European Union and the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the subject: what rights and guarantees should be considered by States in order to ensure a fair criminal prosecution from the perspective of the principles of adversary proceeding and full right to defense, as well as the prevailing principle of human dignity, from the perspective of the equality of arms. In this context, this work has as main scope investigate the possibility of international legal assistance in

criminal defense. Finally, it believes that the future of international legal assistance in criminal matters is to make available to the defense the same mechanisms available to the charge, in full and due equal rights.

Key words: *International Legal Assistance in Criminal Matters – Criminal Defense – Equality of Arms - European Union - Right to Defense - Access to Justice.*

1. Introducción

La delincuencia transnacional se ha expandido a varios tipos delitivos y ha alcanzado a todas las clases sociales, sin diferenciación alguna.

Se puede decir que los crímenes transnacionales crecen a un ritmo que desafía a los órganos de investigación y sanción en los países, lo que hace que los arreglos más rápidos para la cooperación jurídica internacional se destaquen ante otros mecanismos tradicionales de cooperación jurídica internacional. Crímenes que, sin embargo, no son de investigación simple ni de fácil averiguación y solución penal, ya que además no se limitan a las fronteras de los estados soberanos.

Vivimos en una era de globalización económica y cultural, donde se comparten las ideas, los pensamientos y, sin duda y por desgracia también, se comparte la criminalidad. Vivimos una era de cambios en el concepto del territorio, ya que, al desaparecer las fronteras interiores, se desmitifica también ese concepto del principio de territorialidad, tan ligado a las características de la soberanía nacional, ya que ahora nada está “dentro ni fuera” (COSTA 2002, 182-6).

En este contexto, el presente estudio intenta refutar la visión reduccionista de la cooperación jurídica internacional, en el sentido de que no se olvide que tras la función punitiva del

Estado se halla una persona con garantías y derechos históricamente asegurados. La cooperación jurídica entre los distintos Estados tendrá que tener en cuenta la tensión entre los intereses de una demanda de persecución que traspasa fronteras, la soberanía nacional y los individuos concretos posiblemente afectados.

En este sentido, dos valores importantes han surgido recientemente en sede de cooperación internacional en materia penal, que parecen en algún momento aparentemente opuestos: por un lado, la necesidad de intensificar la cooperación en la lucha contra la delincuencia y, por otro, la conciencia cada vez más profunda de que los derechos fundamentales deben ser colocados como un referente en este campo y, en consecuencia, como límites a la cooperación internacional en materia penal.

Teniendo en cuenta esta premisa, se trata de analizar las regulaciones de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el tema, los cuales deben ser considerados por los Estados con el fin de garantizar un procesamiento penal equitativo, desde la perspectiva de los principios de contradicción y de la amplia defensa adversaria, así como del prevaleciente principio de la dignidad humana.

Además de eso, si es cierto que el publicitado aumento significativo en las tasas de delincuencia transnacional ha dado lugar a acuerdos y normativas de cooperación internacional en materia penal con fines policiales y represivos, bajo la retórica de la protección de los intereses jurídicos de carácter universal, es también justo reconocer a las personas enjuiciadas la dignidad que les es inherente, con el trato justo y equilibrado entre la acusación y la defensa.

En este contexto, surge la importancia práctica de investigar la posibilidad de la cooperación jurídica internacional en materia de defensa penal.

Dicho esto, se estudiará en que consiste la figura de la cooperación jurídica internacional penal, con el análisis de la

normativa europea en relación a los derechos de los sospechosos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto al cumplimiento de estos derechos por parte de los Estados-Miembros.

Al final, se pretende averiguar cuál es el futuro del rol de la defensa en la cooperación jurídica internacional penal, con el establecimiento de algunas propuestas.

La exposición empieza por una visión general de la cooperación penal internacional, en la que se aprecia su importancia en la actualidad y las modalidades de cooperación en materia penal.

2. Cooperación jurídica internacional penal: modalidades y características

La cooperación jurídica internacional no representa una novedad en el escenario mundial. Existen registros históricos muy antiguos sobre una de sus principales especies, la extradición, que se remonta al siglo XIV aC (LEÃO 2011, 05).

En las últimas décadas, sin embargo, el estudio de la cooperación penal está ganando adeptos según la persecución penal transnacional se vuelve una de las principales preocupaciones de los Estados soberanos, una consecuencia de la mejora y del avance de los medios de comunicación y de la tecnología del transporte.

Actualmente, llega a ser un lugar común decir que cualquier enfoque de la cooperación jurídica internacional debería tener en cuenta los fenómenos de globalización, en todos sus ámbitos, la velocidad del transporte y la inmediatez de los medios de comunicación.

La cooperación jurídica penal internacional puede ser entendida como la necesidad de interdependencia entre los estados con el fin de resolver crímenes en sus respectivos espacios de soberanía, sin la cual la resolución de la cuestión se

volvería extremadamente costosa, si no inviable.

En este sentido, el derecho internacional de la cooperación prevalece desde la firma del Tratado de Versalles, cuando se cambió el paradigma de la coexistencia por el paradigma de la cooperación.

Respecto a las medidas exclusivas de la Unión Europea, el principio que subyace en la actual política comunitaria es el principio de reconocimiento mutuo, erigiéndose como superación del inicial principio de solidaridad y de la mutua asistencia que inspiraba la cooperación tradicional (WINTER 2010, 582).

En este contexto, se destacan los siguientes instrumentos que se desarrollan bajo este paradigma: la Orden de Detención Europea (ODE), el Exhorto Europeo de Investigación (EEI) y la más reciente propuesta de Directiva respecto a una Orden Europea de Investigación (OEI).

La Orden de Detención Europea² es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad³, destinada a reemplazar el instituto de la extradición en el seno de la Unión Europea y fuertemente enfocada en la abolición del requisito de la doble criminalidad⁴.

2 Decisión-Marco del Consejo de 13/06/2002 (2002/584/JAI). Ha entrado en vigor en enero de 2004.

3 Art. 1 de la Decisión-Marco 2002/584/JAI. Se describe como “la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como la 'piedra angular' de la cooperación judicial” (párrafo 6 de la exposición de motivos).

4 En treinta y dos categorías de delitos graves, incluido el terrorismo, el fraude, la pornografía infantil, el tráfico de armas y el lavado de activos, el principio de la doble criminalidad no se aplica. (art. 2 de la Decisión-Marco). Véase: GLESS, Sabine. “Transnational Cooperation in Criminal

Respecto a la obtención de pruebas entre los miembros de la Unión Europea, en abril de 2010, incluso antes de la Decisión-Marco sobre el exhorto hubiera entrado en vigor, se puso en marcha la iniciativa de Directiva de una Orden Europea de Investigación (OEI)⁵, que deberá facilitar la recogida y transmisión de pruebas en materia penal entre los Estados miembros. De acuerdo con Aguilera Morales, la ventaja de estos mecanismos es su aludida virtualidad para agilizar y simplificar la investigación delictiva transfronteriza. Contar con un único instrumento como cauce para lograr el aseguramiento, obtención y traslado de cualesquiera fuentes de prueba entre los Estados miembros; establecer plazos máximos a estos efectos o dotar de flexibilidad al procedimiento de obtención de elementos de prueba contribuirán ciertamente a facilitar mucho las cosas en este terreno (AGUILERA MORALES 2012, 25). Una de las principales diferencias entre la OEI y el exhorto europeo de prueba reside en que la primera está basada en una medida o diligencia de investigación a ejecutar, mientras que el exhorto se refiere a la obtención de un elemento probatorio concreto.

Esta propuesta de Directiva es el resultado del avance del programa diseñado para fortalecer la cooperación judicial y facilitar la obtención y transmisión de pruebas, mediante la simplificación y la promoción de la recogida y traslado de pruebas entre los Estados miembros de la UE, pero también propone mayores facultades para la cooperación policial a los

Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle". En: *Utrecht Law Review*. Vol. 9, N. 4, Sept. 2013.

- 5 La Decisión-Marco del Consejo relativa al Exhorto Europeo fue adoptada el 18 de diciembre de 2008 (2008/978/JAI). Los Estados parte tenían hasta el 19 de enero de 2011 para ponerlo en práctica. Sin embargo, como dicho arriba, la política más amplia de la política europea de investigación ha sido propuesta por el Consejo en junio de 2010 y actualmente se encuentra en discusión. La orden europea de investigación, de hecho, nació muerta. (HODGSON, Jacqueline S. "Safeguarding Suspects' Rights in Europe: a Comparative Perspective". En: *New Criminal Law Review*, vol. 14, n. 04, 2011, p. 612).

estipulados en el Exhorto. El proyecto de la Directiva de investigación está actualmente en discusión, dejando al Exhorto en una especie de limbo, no implementado, hasta que sea derogado formalmente.

La importancia de estos institutos y propuestas reside en el hecho de que toman el concepto de reconocimiento mutuo como punto de partida y, en opinión de la Comisión, son los primeros pasos hacia un único instrumento de reconocimiento mutuo que sustituirá todo el sistema de asistencia jurídica mutua en la Unión Europea. Sin embargo, el próximo capítulo presentará algunas críticas de la doctrina sobre la existencia de un llamado "sesgo persecutorio" en estos institutos.

3. La paridade de armas en la cooperación jurídica internacional

El supuesto conflicto entre el principio del proceso penal debido y el control eficaz del delito no necesariamente debe existir, es decir, las garantías procesales no deben ser colocadas de manera antagónica a la eficiencia del proceso como instrumento de defensa social⁶.

El proceso de internacionalización y constitucionalización de los derechos humanos se extiende a las garantías procesales.

Así, de los derechos fundamentales proclamados en los diversos textos internacionales se destacan los derechos relacionados con la protección de los acusados en los procesos penales, ya que esto siempre ha sido un área particularmente rica

6 De acuerdo con MARIO CHIAVARIO, proceso eficiente es, más que el proceso dirigido a la absolución de los inocentes y condena de los presuntos culpables, el procedimiento intrínsecamente correcto y justo. (CHIAVARIO, Mario. *Garanzie individuali ed efficienza del processo in Il giusto processo*. Milano: Giuffrè Ed., 1998, p. 54).

para las violaciones más brutales contra la libertad, la integridad física y la dignidad humana.

La Declaración Universal de 1948 proclamó en el artículo 11.1 la presunción de inocencia, con la seguridad de todas las garantías necesarias para la defensa. De igual forma, los principios del derecho a la defensa y de contradicción también se hallan en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷.

En este sentido, se debe tratar de conciliar la ambición del Estado de castigar acusados de practicar crímenes transnacionales con la preservación de los derechos y garantías individuales cuando sea necesario el uso de la cooperación jurídica internacional.

Recuérdese que el proceso penal y las garantías de la norma no están dirigidos a los delincuentes, con la posibilidad de que sean modificadas en función de su grado de perversidad. La tutela se dirige a la sociedad en su conjunto y cada individuo en particular, que puede en cualquier momento convertirse en sospechoso o acusado, objeto de abuso injustificable e injusticia irreparable, si no está rodeado de garantías constitucionales que ofrece el proceso penal debido.

Por este motivo, el principio de igualdad de armas ordena que todos los recursos puestos a disposición de la Fiscalía también se concedan a la defensa.

El artículo 6, (d) del párrafo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en esencia, asegura "la plena igualdad de armas" y requiere que el acusado, en algún momento, tenga oportunidades adecuadas de interrogar a los testigos de cargo y presentar testigos en su favor, una situación que comienza desde la etapa de investigación (AMBOS 2006, 439).

En la práctica esto significa que si una información externa se utiliza como prueba en un proceso penal, el Estado

7 a) Artículo 7º: garantizar la igualdad de las partes b) Arts. 9º y 10º: asegurar el debido proceso; c) artículo 11.1: garantizar la plena defensa.

receptor de la prueba hecha en otro sitio es responsable de juzgar el proceso de acuerdo con el artículo 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esto significa que las nociones esenciales de la justicia en el juicio, como la igualdad de armas y el carácter contradictorio del proceso, deben ser garantizadas. El uso de la información externa es una parte intrínseca de la prueba.

A pesar de que la Corte Europea de Derechos Humanos aún no ha desarrollado la doctrina específica de igualdad de armas en el plano criminal transnacional, su jurisprudencia habla sobre todo de la entrega de personas a la custodia de otros estados. En el emblemático caso Soering⁸, Estrasburgo emitió un juicio histórico, al ampliar la responsabilidad del Estado requerido en materia de cumplimiento de las normas de un juicio justo en el Estado requirente, e incluso hacerle responsable de cualquier violación.

En el caso, el demandante, Jens Soering, de nacionalidad alemana, fue detenido en 1986 en Inglaterra por el delito de estafa, junto con su compañera sentimental, de nacionalidad canadiense. En junio de ese año, un “gran jurado” del condado de Bedford, Virginia (EE.UU), acusó a la pareja de haber asesinado a los padres de ella en dicho estado en marzo de 1985, de modo que el Gobierno de Estados Unidos solicitó la extradición de ambos en agosto de ese año, en aplicación del Tratado anglo-americano sobre extradición de 1972.

En marzo de 1987, la República Federal de Alemania solicitó igualmente la extradición del recurrente, sobre la base de un Tratado celebrado con Gran Bretaña en 1872. El 11 de agosto de 1988, el presidente de la Comisión Europea de Derechos

8 Soering vs. Reino Unido, nº 14038/88. Disponible en: <http://www.es.refugeelawreader.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=2013&Itemid=>. Acceso en: 07 mayo 2014. Para el texto oficial de la sentencia: <www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>.

Humanos señaló al Gobierno británico que era deseable, por el interés de las partes y por el buen desenvolvimiento del proceso, que el demandante no fuese extraditado a Estados Unidos hasta que la Comisión no hubiese tenido la posibilidad de examinar el asunto. Dicho señalamiento fue renovado varias veces hasta que el Tribunal Europeo conoció del caso.

En palabras del Tribunal, el artículo 1 no consagra un principio general según el cual un Estado parte debería denegar la extradición de un individuo hasta asegurarse de que las condiciones del país de destino no vulneran ninguna de las garantías previstas por el Convenio, pero toda interpretación de los derechos y libertades enumerados en el mismo debe conciliarse con su espíritu general: la promoción y salvaguarda de los ideales y valores de toda sociedad democrática. Uno de estos valores es la prohibición absoluta de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes⁹.

En este caso, la Corte se refirió directamente sólo al caso de la extradición, la deportación o la entrega de las personas a Estados que no son parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no estableciendo doctrina aplicable a otros casos de cooperación.

Interesante señalar que la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 28.02.2008, en el caso Saadi vs. Italia y el tercero interviniente, el Reino Unido (n. 37201/06), reafirma los argumentos del caso Soering, con la responsabilización del Estado parte en la CEDH en caso de expulsión, cuando concurre el riesgo cierto de tortura.

En este caso, el demandante Nassim Saadi, de nacionalidad tunecina, es detenido en Italia bajo la grave acusación de terrorismo, con riesgo de deportación.

Tras siete años en los tribunales de justicia italianos, el caso en cuestión llega hasta la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la responsabilización del Estado

9 Párrafo 91 de la decisión.

italiano por violación del artículo 3º de la CEDH (“nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”), bajo la obligación absoluta de *non-refoulement*.

De igual manera, entre los Estados parte de la Convención, la Corte ha abierto recientemente una nueva puerta para la responsabilidad en los casos de asistencia jurídica mutua en materia penal. En el caso Francia y Bélgica contra Stojkovic, las autoridades francesas solicitaron mediante comisiones rogatorias que el Sr. Stojkovic, detenido en Bélgica, fuera interrogado (en presencia de un abogado) por su presunta participación en un robo a mano armada en Francia. Sucede que el señor Stojkovic fue interrogado por la policía belga en presencia del juez de instrucción francés y un fiscal, pero sin la presencia de un abogado, a pesar de haber sido expresamente requerida la presencia de este profesional. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo no ha declarado explícitamente las obligaciones que los Estados tienen en la cooperación, pero dejó en claro que los acusados tienen derecho a lo previsto en el artículo 6 (3) CEDH también en casos de investigación transfronteriza (GLESS 2013, 93-4).

Del mismo modo, en el reciente caso Süzer vs. Turquía, el solicitante, Mehmet Ugur Süzer, nacional turco que nació el 4 de octubre 1987 y se encontraba en la cárcel de Gaziantep (Turquía), mientras que un estudiante de la escuela secundaria y un menor de edad fueron acusados de dos cargos de robo con agravantes cometido en noviembre de 2003, afirmó que él simplemente había sido atrapado en una disputa entre sus amigos y otro joven. Basándose en particular en el artículo 6, §1 y §3 (c) (derecho a un juicio justo y el derecho a ser asistido por un abogado), alegó que se le había negado un juicio justo y que sus derechos de defensa habían sido vulnerados, y que se había visto obligado, contra su voluntad, a firmar varios documentos sin haber tenido acceso a la adecuada ayuda. En el caso, la Corte ha declarado, que ha habido una violación de los artículos

referidos a causa de la falta de imparcialidad de los dos procedimientos contra el demandante derivados de la restricción de su derecho de defensa¹⁰.

En el caso de la asistencia jurídica mutua para la recogida de pruebas en Estados que no son Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las partes contratantes arriesgan ser declaradas culpadas por la CEDH sólo si los hechos cumplen el criterio estricto de la "flagrante denegación de justicia"¹¹, ya que, como se indica en el caso Soering, la Corte modera la ampliación de las obligaciones de derechos humanos en la cooperación transfronteriza: la Convención Europea no puede "dirigir las acciones de los Estados que no son partes en la Convención, ni puede tener la intención de ser un medio de exigir a los Estados partes a imponer las normas de Convención a otros Estados no partes" (GLESS 2013, 93).

Desde ese punto de partida, Van Hoek y Luchtman (VAN HOEK y LUCHTMAN 2005, 37) establecen una serie de propuestas que pueden servir como ayuda para prevenir las violaciones de los derechos de los acusados:

1. La reducción de la regla del *non-inquiry*, lo que significa que siempre se debe realizar una prueba *ex officio* de los hechos del caso con el fin de prevenir violaciones graves de los derechos de la Convención y que siempre debe llevarse a cabo una investigación adicional en el caso de que se demuestre una violación;

2. Tiene que haber un deber entre los Estados-miembros de prestar información adicional, si así se les solicita. En el contexto de la UE tal disposición podría fluir de los

10 CEDH, Süzer vs. Turquía, aplic. n.13885/05, 23 de abril de 2013.

11 CEDH 17 enero 2012, Othman (Abu Qatada) vs. UK, aplic. no. 8139/09, Par. 259; CEDH 1 marzo 2006, Sejdicicvl vs. Italy, aplic. no. 56581/00, Par. 84; CEDH 27 octubre 2011, Stojkovic vs. Francia y Bélgica, aplic. no. 25303/08, Par. 56; CEDH 26 junio 1992, Drozd y Janousek vs. Francia y España, aplic. no. 12747/87, Par. 110.

deberes de lealtad en la cooperación de los Estados-miembros, con la finalidad de prevenir violaciones de derechos humanos;

3. Debe existir la posibilidad, más aún, el deber de negarse a cooperar para hacer frente a la solicitud de información descrita anteriormente, por ejemplo, cuando la fuente de información sea indetectable.

En este contexto, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dispone garantías para un juicio justo, hay un amplio margen de discrecionalidad en la forma en que se pueden realizar, lo que refleja las diferentes tradiciones procesales penales de los países miembros.

No sólo eso, los nuevos instrumentos comunitarios - la Orden de Detención Europea (ODE), el Exhorto Europeo de Investigación y la Propuesta de Orden Europea de Investigación (OEDI) - exigen una mayor protección de los investigados en relación con estas medidas potencialmente de largo alcance, su redacción ilustra la preocupación de la UE con medidas para ayudar en los juicios, a pesar de la lamentable ausencia de cualquier consideración adecuada para el papel de la defensa y la salvaguarda de los derechos de los acusados (HODGSON 2011, 613 y 627).

Es por lo menos extraño, como añade Hodgson, que una medida para promover el intercambio de pruebas haya descartado la defensa, ni los términos de la orden respetan el principio de igualdad de armas. El acusado puede ser confrontado con la prueba obtenida en otra jurisdicción, pero no tiene la potencia adecuada para exigir la presentación de cualquier prueba que podría apoyarlo en este caso, lo que no sólo limita el ejercicio efectivo del derecho de defensa, sino que también priva al tribunal de las pruebas pertinentes en la determinación de los cargos. Finalmente, la autora se pregunta: "¿Es sólo prueba lo que es recogido por la policía, el fiscal o el juez? Por supuesto que no" (HODGSON 2011, 628).

En este punto, es interesante observar que hay

afirmaciones de que también a la defensa le será posible utilizar el OEI. Por ejemplo, en el Reino Unido, el Ministerio de Interior aseguró a la Cámara Alta que este será el caso; sin embargo, de nuevo, se deja a la discreción de los Estados parte, lo que una vez más redundará en diferentes patrones de aplicación y protección inadecuada de su defensa.

También es interesante señalar que, en su momento, la Comisión propuso que la orden quedase también a la disposición de la defensa, pero esta posibilidad fue rechazada (HODGSON 2011, 631-2).

En resumen, la Orden de Detención Europea, el Exhorto Europeo de Investigación y la propuesta de Orden Europea de Investigación representan medios importantes para la cooperación judicial en la investigación y persecución de los delitos. Sin embargo, también demuestran e incorporan las lagunas en la protección para aquellas personas que se convierten en objeto de tales medidas.

Por lo tanto, éstas permanecen en una seria desventaja al impedirles solicitar la misma prueba que está disponible para la fiscalía y el tribunal y, así mismo, están privadas de pruebas relevantes para la determinación del caso. La decisión de excluir a la defensa puede proceder del sistema de asistencia jurídica mutua a través de tratados bilaterales, donde se toman las peticiones y las pruebas presentadas por la inteligencia y de los países, discriminación en contra de la defensa que destaca las discrepancias en los estándares probatorios.

De este modo, el legislador europeo, consciente de que el grado de cumplimiento del Convenio no es homogéneo, extremo que dificulta la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, piedra angular de la cooperación judicial penal (y civil), ha considerado necesario dar un paso más en materia de derechos procesales y dotarse de un catálogo de garantías homogéneas entre los Estados parte.

A tal fin ha emprendido una decidida acción en la materia, facilitada ahora por el nuevo escenario inaugurado por

Lisboa con la supresión de la vieja estructura en pilares y la comunitarización por tanto de la materia de cooperación judicial penal.

Acción que se ha concretado ya en la adopción de Directivas en materia de traducción e interpretación (2010/64/UE), el derecho a la información en los procedimientos criminales (2012/13/UE) y de asistencia letrada (2013/48/UE), habiendo dado ya comienzo los trabajos para la adopción de una tercera en materia de justicia gratuita (ARANGÜENA FANEGO 2011, 270).

4. Perspectivas para la defensa en la cooperación jurídica internacional penal en el ámbito de la Unión Europea: garantías de los sospechosos

En este punto, es interesante observar que el artículo 6º del Tratado de la Unión Europea (UE) establece que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

En esta temática, interesa señalar que el artículo 6º, párrafo 3 (c), de la Convención Europea de Derechos Humanos, confiere tres derechos al acusado: el derecho a defenderse a sí mismo, el derecho a un abogado de su elección y el derecho a contar con un abogado gratuitamente¹².

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptada en diciembre de 2000 por la Comisión Europea incluye la prohibición de la tortura, los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la no discriminación, el

12 Caso Airey vs. Irlanda de 1979, CEDH, de 9 de octubre de 1979.

derecho a un juicio justo, la presunción de inocencia, los derechos de defensa y de los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas (BACIGALUPO 2002, 134).

Como recuerda Vogel (VOGEL 2007, 165), sin duda, el derecho procesal penal en los Estados parte dispone de un fundamento jurídico común europeo en los artículos 5° y 6° de la Declaración Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, se sabe que el sistema jurídico y las normas de procedimiento penal varían considerablemente entre los Estados parte: varios Estados parte han adoptado el "sistema penal acusatorio", cuya principal característica es que tanto la fiscalía como la defensa pueden presentar pruebas, mientras que la mayoría de Estados parte sigue el "sistema inquisitivo", por el que el juez que preside el juicio investiga y recopila pruebas pertinentes. Por otra parte, en varios Estados parte es el fiscal quien investiga y procesa los casos, mientras que en otros las investigaciones se llevan a cabo por un juez (por ejemplo, el tribunal de instrucción francés).

Además de eso, el papel de la policía y el estatus legal de un sospechoso en fase de investigación policial¹³ también varían considerablemente, dependiendo del Estado parte, y también varían considerablemente la legislación en la evidencia y la ley sobre la detención preventiva y las alternativas (libertad bajo fianza, por ejemplo).

Ante este escenario, Puyenbroeck y Vermeulen desarrollaron un estudio con el objetivo de examinar el estado actual de los derechos procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, cuyas conclusiones se basan en las respuestas de los representantes de los Ministerios

13 "Cómo extender el principio de igualdad de armas a la fase de la investigación preliminar, por lo tanto, es una de las cuestiones más trascendentes del proceso penal europeo moderno en relación a los derechos que garantiza la CEDH". (BACIGALUPO, Enrique. *Justicia Penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002. p. 137).

de Justicia de los Estados-miembros. El análisis se estructura en torno a tres temas principales. En primer lugar, ¿cuál es la importancia de esos derechos en la UE? En segundo lugar, si son los derechos procesales fundamentales en el proceso penal, de conformidad con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y garantizados de manera efectiva en los sistemas de justicia penal de la UE? Por último, si las respuestas a las preguntas anteriores sugieren la necesidad de una acción comunitaria en este ámbito, ¿qué medidas se han adoptado a este respecto y qué depara el futuro? (PUYENBROECK y VERMEULEN 2011, 1018 y 1022).

Esta preocupación además informó el Libro Verde¹⁴ para el establecimiento de reglas mínimas comunes en los Estados parte sobre las garantías procesales de los sospechosos, acusados, juzgados y declarados culpables de los delitos, que establece las primeras medidas en esta temática. En la parte introductoria de este programa, se ha expresado que el principio de reconocimiento mutuo en materia penal defiende "no sólo una cooperación reforzada entre los Estados miembros, sino también la protección de los derechos individuales."

Con ese fin, después de varios intentos fallidos, finalmente se acordó un programa de medidas legislativas relativas al derecho a un juicio justo.

En 2009 el Consejo Europeo adoptó el Programa de Estocolmo que establece la estrategia de la UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia para el período de 2009 a 2014¹⁵.

14 Véase: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0075pt01.pdf y http://www.euroid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4797. (acceso 07 de mayo de 2014).

15 Resolución de 30 de noviembre de 2009, del Consejo de la Unión Europea, con plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados (2009/C 295/01). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:FULL:EN>:

Una de las áreas importantes de la acción son los derechos de procedimiento - el programa incluye una "hoja de ruta"¹⁶ para reforzar los derechos procesales que se consideran una prioridad – porque la cooperación dentro de la UE en el ámbito del derecho penal requiere la confianza mutua de los Estados parte. Por lo tanto, para que este sistema sea cada vez más eficaz, es necesaria la construcción de medidas de fomento de la confianza, como el fortalecimiento de los derechos de la persona sospechosa de un delito transnacional.

El primer resultado de este plan de trabajo, la Directiva que confiere derecho a un intérprete y a la traducción de documentos durante la investigación y el juicio fue aprobada en octubre de 2010 (2010/64/UE).

Esta Directiva es un hito, establece la primera medida de la justicia criminal a ser adoptada por el procedimiento de codecisión y es la primera en abordar las garantías para el acusado, que garantiza el derecho a la interpretación a través del proceso penal, incluido el asesoramiento jurídico, así como la traducción de todos los documentos esenciales para la causa. Sin embargo, la decisión no ha sido todavía implementada por los Estados miembros¹⁷.

PDF>. Último acceso en: 25 abr. 2014.

16 El guión contiene las medidas que deben adoptarse en torno a cinco temas: 1) traducción e interpretación; 2) información sobre derechos e información sobre los cargos; 3) el asesoramiento jurídico y la asistencia jurídica; 4) la comunicación con familiares, empleadores y consulados; 5) las salvaguardias especiales para los sospechosos o acusados en situación de vulnerabilidad; y un Libro Verde sobre la prisión preventiva. Una de las críticas de este programa es que: "La dirección tomada con el guión de 2009, sobre los derechos procesales, como secuela del fracaso de la propuesta de Decisión-marco 2004, perdió claramente la conexión con las situaciones transfronterizas". (BONDT, Wendy De; VERMEULEN, Gert. "The Procedural Rights Debate. A Bridge Too Far or Still Not Far Enough?". En: *EUCRIM*, vol. 4, 2010, pp. 164-5).

17 En octubre de 2011, de acuerdo con Puyenbroeck y Vermeulen, la situación todavía era la siguiente: "En relación a la información sobre el

Posteriormente fue aprobada la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, con respecto al derecho a la información en los procedimientos penales, que se aplica desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado parte ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso, incluso en una orden de detención europea¹⁸, teniendo en cuenta que “el artículo 6 de la Carta y el artículo 5 del CEDH consagran el derecho a la libertad y la seguridad de las personas. La limitación de este derecho no puede ir más allá de lo permitido de conformidad con el artículo 5 del CEDH, según se infiere de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”¹⁹ y que “el refuerzo de la confianza mutua exige normas detalladas sobre la protección de las garantías y los derechos procesales derivados de la Carta y del CEDH”²⁰.

La más reciente directiva aprobada es la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, relativa al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los

derecho a interpretación y traducción, en nueve Estados parte no existe la obligación legal de informar al sospechoso de su derecho a la interpretación (Bulgaria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) y en ocho estados no tiene la obligación de informar al sospechoso en su derecho a la traducción (Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y el Reino Unido). (PUYENBROECK, Laurens Van; VERMEULEN, Gert. “Towards Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the EU”. En: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, p. 1032).

18 Arts. 1 e 2 de la Directiva.

19 Párrafo 6 de la Exposición de Motivos de la Directiva.

20 Párrafo 8 de la Exposición de Motivos de la Directiva.

procedimientos relativos a la orden de detención europea. Establece, en resumen, el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. De ese modo, promueve la aplicación de la Carta y, en particular, de sus artículos 4, 6, 7, 47 y 48, desarrollando lo establecido en los artículos 3, 5, 6 y 8 del CEDH, conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su jurisprudencia, establece con frecuencia normas sobre el derecho a la asistencia de letrado. Dicha jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la imparcialidad del proceso exige que el sospechoso o acusado pueda obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada. En tal sentido, el letrado del sospechoso o acusado debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa²¹. Hay un plazo de tres años para que sea implementada.

En este contexto, la información de los derechos que asisten a toda persona sospechosa de la comisión de un hecho punible debe extenderse a los derechos a disponer de asistencia letrada, en su caso gratuita (con indicación de las condiciones para obtenerla)²²²³, el derecho a la interpretación y traducción y

21 Párrafo 12 de la Exposición de Motivos de la Directiva.

22 Aunque la Directiva respecto a la asistencia letrada debiera disponer sobre la asistencia jurídica gratuita, no lo hizo y así, en las palabras de la Profesora Coral Arangüena, “ha nacido privada de una parte fundamental” (Palabras pronunciadas en una conferencia en la Universidad Pompeu Fabra, el 28 de enero de 2014). El 27 de noviembre de 2013, la Comisión aprobó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea (COM(2013)0824 de 27 de noviembre de 2013).

23 Además de todo eso, en el caso Airey vs. Irlanda de 1979, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió a favor de la Sra. Airey, en el sentido de que los Estados tienen la obligación de proporcionar de manera activa y eficaz la asistencia de un abogado, de forma gratuita, si sus

el derecho a permanecer en silencio, todos ellos en la forma en que sean aplicados con arreglo a la legislación nacional. Dicha información deberá proporcionarse tan pronto como estos derechos sean aplicables durante el proceso y con suficiente antelación para permitir su ejercicio efectivo. De modo similar prevén las Directivas analizadas que también el derecho a la información será exigible no sólo en todo proceso penal seguido en un Estado parte de la Unión Europea, sino también en los procedimientos de ejecución de una orden europea de detención y entrega y, asimismo, en aquellos casos de infracciones menores cuya fase de recurso se siga ante un órgano jurisdiccional penal - si bien, en tal caso, el derecho de información se limita precisamente a la fase judicial que se abre con la presentación del recurso – (ARANGÜENA FANEGO 2011, 297).

El hecho de que las medidas respecto a las garantías judiciales ya están en el orden del día y que se ha llegado a un consenso suficiente para iniciar el proceso de su adopción es muy significativo. Además, el derecho a la asistencia jurídica letrada contenida en la más reciente Directiva de la UE sobre la aplicación de las medidas establecidas en el Programa de Estocolmo se reúne a decisiones paradigmáticas de la Corte Europea de Derechos Humanos, como se presentan en los casos *Salduz vs. Turquía*²⁴ y *Panovits vs. Chipre*²⁵, en los cuales la Corte se pronunció más emblemáticamente sobre la importancia del asesoramiento jurídico a las personas privadas de la libertad. El modelo de defensa promovido en estos casos evoca la participación activa de la defensa desde el inicio del

ciudadanos no son capaces de costearla. (BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz (compiladoras). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad – Instituciones, actores y experiencias comparadas*. 1a Ed. Buenos Aires: Biblos, 2006, pp. 17-8).

24 *Salduz* [2008] TEDH 36391/02 Gran Sala (27 de noviembre 2008).

25 *Panovits* [2008] TEDH 4268/04 (11 de diciembre de 2008).

interrogatorio policial.

En el caso Salduz, el solicitante, un menor de edad de diecisiete años, fue detenido e interrogado en mayo de 2001 por una agencia de lucha contra el terrorismo bajo sospecha de haber participado en una manifestación clandestina en apoyo a una organización ilegal llamada PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistán) y colgar una pancarta desde un puente en Bornova, el 26 de abril de 2001. Fue informado de los cargos en su contra y de su derecho a guardar silencio, pero no tuvo acceso a asistencia letrada. Durante el interrogatorio policial, admitió los cargos en su contra, pero se retractó ante el juez de la causa, alegando que su confesión fue forzada y que había sido golpeado e insultado por la policía. El recurrente fue condenado en diciembre de 2001 y la reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue que la falta de asistencia legal de la detención violó su derecho de defensa, de conformidad con el artículo 6, § 3 (c), de la Convención. En su sentencia de 26 de abril de 2007, se determinó que no hubo el descumplimiento de los artículos mencionados, la imparcialidad de su juicio, que no fue afectada por la falta de asistencia letrada durante la detención policial se habría mantenido ya que el demandante estuvo representado legalmente en juicio. Además, la Cámara determinó que su confesión no era la única base para su condena y que él había sido capaz de contestar a la fiscalía en el juicio en condiciones que no le pusieron en desventaja sustancial.

La Gran Sala revocó la sentencia, haciendo hincapié en la importancia de la investigación inicial de la policía en la definición del caso y la vulnerabilidad de los sospechosos en esta etapa del procedimiento, y por lo tanto la importancia de la asistencia de un abogado, cuya tarea es, entre otras cosas, "garantizar el respeto del derecho de un acusado a no declarar contra sí mismos" (párrafo 54).

El impacto del caso Salduz que se ocupa de la asesoría legal desde la custodia policial, una de las tareas más difíciles que deben cumplir los Estados miembros, proporciona un poco

de optimismo para un programa de la UE, lo que incluye las libertades individuales y la lucha contra la delincuencia transnacional.

En la línea de los casos *Salduz* y *Panovits*, la jurisprudencia posterior del Tribunal fortaleció las bases de estos juicios. Por ejemplo, en *Dayanan vs. Turquía*²⁶, la Corte reiteró que el derecho a la asistencia letrada desde el inicio de la detención preventiva es uno de los elementos fundamentales de un juicio justo, derecho que no puede suspenderse ni siquiera en los casos de acusación por los delitos más graves - ya que el sospechoso fue acusado de un delito que era responsabilidad del tribunal de Seguridad del Estado, la ley turca no le permitió recibir asistencia jurídica -. Esto es importante ya que muchas jurisdicciones ponen restricciones sobre el acceso a la asistencia letrada para los sospechosos de terrorismo y otros delitos graves.

Es de esperar que toda esta gama jurisprudencial tenga el poder de modificar la legislación y la práctica en los Estados parte, teniendo en cuenta que en el estudio de Puyenbroeck y Vermeulen se ha verificado que en casi todos los países en los que el abogado está autorizado a estar presente, las autoridades son obligadas a informar al sospechoso de este derecho, pero hay diferencias significativas entre los Estados miembros en cuanto a la época en que emerge la obligación de informar y cómo se proporciona la información. Por otra parte, en varios Estados parte no existe ninguna posibilidad de que la defensa pueda deliberar en privado durante el interrogatorio. Por último, el estudio muestra que la presencia de un abogado durante el interrogatorio no se considera esencial: sólo en tres Estados parte (Portugal, España e Italia) no está permitido el uso de la

26 *Dayanan* 7377/03, 13 de octubre de 2009, párrs. 30-34. En la misma línea los siguientes casos: *Pishchalnikov vs. Rusia* (*Pishchalnikov* 7025/04, 24 de diciembre de 2009); *Brusco vs. Francia* (1466-1407 *Brusco*, 14 de octubre de 2010); *Sebalj vs. Croacia* (*Sebalj* 4429/09, 28 de junio de 2011).

confesión de un sospechoso hecho en ausencia de su abogado como prueba en juicio (PUYENBROECK y VERMEULEN 2011, 1033-4).

En este contexto, Joachim Vogel (VOGEL 2007, 158) identifica cinco tendencias principales en la cooperación europea en materia penal:

1) Un cambio desde la cooperación tradicional hacia una verdadera integración;

2) Un cambio de soluciones “horizontales” hacia soluciones “verticales” (que serían las institucionalizadas en organismos supranacionales. Europol, Eurojust y OLAF, en este momento, son las estructuras verticales más importantes);

3) Un cambio desde lo que denominó “proteccionismo nacional” hacia la confianza y el reconocimiento mutuos, al menos en teoría y en la legislación, aunque no todavía en la práctica;

4) Un cambio desde un enfoque “represivo” hacia un enfoque “integral” (tanto represivo como preventivo) que incluye incluso la cooperación entre las diferentes administraciones;

5) Un cambio desde un “sesgo persecutorio” hacia un sistema que incluye ciertos controles y supervisiones en aras de la protección de los derechos humanos.

A los efectos de este estudio, se tratará con más profundidad las tendencias exhibidas en los puntos "2" y "5", que apoyan la línea de razonamiento desarrollado hasta aquí.

Como explica el autor, tradicionalmente la cooperación en materia penal constituía un fenómeno "horizontal": las autoridades demandadas y estatales prestaban su ayuda en un procedimiento penal en el Estado requirente, mediante la detención y extradición de personas acusadas o condenadas, o al hacer otras peticiones relacionadas con el proceso penal, por ejemplo, las solicitudes de registro e incautación, el decomiso del producto del delito, pedían el interrogatorio de sospechosos, testigos o expertos y el traslado de personas condenadas.

Además de eso, el marco jurídico de la cooperación exhibía una estructura "horizontal" que consistía en tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, por un lado, y las leyes nacionales de los Estados involucrados.

Acerca de la quinta tendencia aludida por el autor, hay que señalar que, académicos, abogados defensores y activistas de los derechos humanos no estaban interesados y tampoco tenían ninguna influencia en los instrumentos jurídicos celebrados en el ámbito de la cooperación. El resultado fue lo que Vogel llama "sesgo o lema persecutorio" dada la abrumadora influencia de la Fiscalía en la legislación y la práctica en este campo. Las reformas legislativas llevadas a cabo siempre tenían la clara intención de facilitar la cooperación mediante el establecimiento de unidades y oportunidades inter y transnacionales para la investigación y el enjuiciamiento (VOGEL 2007, 162).

Recientemente, sin embargo, parece ser que el contexto ha cambiado. Las reformas rápidas y significativas de los últimos años han causado una gran atención en el público y también los abogados de la defensa, grupos de apoyo y otras ONG de derechos humanos, como el "Fair Trial Abroad" o la "State Watch". Como dice Vogel, los grupos de voces críticas han expresado su preocupación por las garantías de los sospechosos y acusados en los casos penales internacionales o transnacionales y el respeto de sus derechos en los pedidos de cooperación.

La crítica debe ser tomada en serio, pues estas voces críticas tienen razón al exigir el justo equilibrio entre una cooperación internacional cada vez más eficaz, por un lado y, por otro lado, los intereses de los afectados (COSTA 2010, 96).

En este escenario, después de presentar las cinco tendencias, el autor presenta propuestas de acción futura para la cooperación en materia penal en la Unión Europea, lo que pone de relieve lo siguiente: "La Unión establecerá las garantías

procesales en todo su territorio para los casos criminales transfronterizos, especialmente a fin de mejorar la situación de los sospechosos, acusados o condenados que no sean nacionales del Estado acusador, en particular, la UE debería crear un marco jurídico para una "Eurodefensa" en los casos transnacionales.

En este nuevo marco legal se debería incluir, al menos, los siguientes elementos (VOGEL 2007, 164-5):

- a) Los Colegios de Abogados en los Estados miembros deberían establecer una red de "Abogados defensores europeos" con conocimiento y experiencia especiales en el campo de los procesos penales transnacionales. La administración de la red podría tener su sede en la ECBA (*European Criminal Bar Association*) en Bruselas;
- b) Debe notificarse a las personas afectadas por las medidas de cooperación en materia penal su derecho a asesoramiento legal en el momento debido y de la existencia de la red de "Abogados defensores europeos";
- c) Las personas que carezcan de los medios financieros necesarios para obtener los servicios de un "Abogado defensor europeo" deben tener derecho a asesoramiento legal gratuito (pagado por el Estado miembro que realiza la acusación);
- d) Los "Abogados defensores europeos" tendrían derecho a todos los archivos relevantes de todas las instituciones implicadas, es decir, autoridades del Estado miembro acusador, del Estado miembro ejecutante y, según el caso, de Europol, Eurojust u OLAF. El acceso debe ser ilimitado después del final de las investigaciones y, durante éstas, debe concederse acceso en un grado razonable, en particular si la persona acusada ha sido detenida.

Aunque muchas ideas hayan sido ya lanzadas, mucho aún queda por discutir acerca de esta posible nueva figura. En primer lugar, como advierte Morales Romero (MORALES

ROMERO 2007, 265), y precisamente acerca de su naturaleza jurídica, en el sentido de si debe ser *strictu sensu* una institución y por tanto debe hablarse de cooperación vertical o si por el contrario sería más conveniente dar un enfoque horizontal a su creación y desarrollo, estableciendo una especie de Red Europea de Abogados defensores a imagen y semejanza de la Red Judicial Europea. Sus funciones tampoco están nada claras: no existe consenso con relación a si debe disponer de funciones de recopilación y control de información o elaboración de informes, actuando más bien como autoridad moral o si por el contrario debe tratarse de una institución fuerte pudiendo incluso intervenir - adoptando decisiones vinculantes - en el proceso interno que se esté llevando a cabo bajo la jurisdicción de un Estado miembro.

Por cierto el tema queda pendiente, y hasta hoy las disparidades entre la acusación y la defensa parecen estar lejos de ser resueltas. Una prueba de esto fue la introducción de la posibilidad de creación de la Fiscalía Europea en el artículo 86 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, sin tener en contrapartida una previsión de creación de una defensa institucionalizada. Este es el momento de una mayor reflexión hacia al futuro y de preguntar qué tipo de cooperación jurídica se quiere establecer, pues además de todo lo presentado arriba se puede aún preguntar: ¿Quién controlaría la Fiscalía Europea? ¿Y quién controla los actos de la policía que colabora con la Fiscalía Europea? ¿Este control deberá ser hecho por una autoridad nacional del Estado donde el acto sea practicado? ¿O deberá esta competencia pertenecer a una estructura también supranacional?²⁷

27 Cuestiones presentadas por Costa en su trabajo para las cuales no hay hasta ahora ninguna respuesta segura. Véase la reflexión completa en: COSTA, Jorge Albino Alves. "La Creación de la Fiscalía Europea". En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.). *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.*

Cuestiones aún pendientes compartidas en este trabajo solamente para dar lugar a reflexiones más profundas en futuras discusiones.

De cualquier forma, el autor invoca, de modo irreprochable, que en una lógica integrada, y aunque de forma gradual y ponderada, la Unión Europea deberá dar pasos significativos en el ámbito de la adopción de ciertas reglas comunes relativas a los derechos de los sospechosos en proceso penal. Será, “como es natural, el otro lado (compensatorio) de la urgente necesidad de una mayor centralización de las investigaciones y la respuesta a las críticas (correctas) formuladas con respecto a la naturaleza de las medidas de seguridad adoptadas por la Unión en detrimento de medidas garantistas o humanitarias”.

5. Futuro de la cooperación jurídica internacional en materia penal: desafíos

Al Dios Jano, portero del cielo en la mitología romana se le representa con dos caras, una que mira hacia atrás y otra adelante, en representación de los finales y comienzos, del pasado y del futuro.

Cuando se considera el estado actual de desarrollo de la institución de la cooperación jurídica internacional como una fase de transición, en cierto sentido, estamos, como Jano, en un portal, mirando al pasado y al futuro.

Hasta el momento, el instituto ha evolucionado sobre todo para la facilitación de la recogida de pruebas para la acusación y el procesamiento penal con el fin de frenar la propagación de la delincuencia que afecta a los países en su conjunto, que no respeta fronteras y límites territoriales.

Sin embargo, en contraste, el respeto de los derechos

Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 98.

humanos a nivel nacional e internacional también muestra un gran progreso, demostrando la necesidad de aumentar su eficacia real en la conducta de las naciones.

Dados estos resultados, el futuro de la cooperación jurídica penal internacional está en la disponibilidad de los mismos mecanismos de que dispone la acusación en el procedimiento internacional de cooperación también por la defensa, en plena y debida igualdad, teniendo en cuenta que no hay mayor valor a respetar que la dignidad de la persona, que el hombre mismo. Lamentablemente, lo que es la esencia del sistema todavía suena como novedad en nuestros días.

Así, ha habido un flujo constante de medidas de justicia penal en la UE para promover el reconocimiento mutuo y la cooperación en materia de persecución policial y enjuiciamiento.

Sin embargo, esto ha creado un vacío en la protección de los acusados, que no puede ser llenado sólo por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Esta es una de las reflexiones de vanguardia frente al predominio de las preocupaciones de control del delito en toda Europa y el desprecio por los derechos básicos relacionados con el debido proceso. Parece que los estados se han obsesionado con la búsqueda de la información y las pruebas nacionales y transnacionales, y se niegan a tener ninguna dificultad en este sentido, teniendo en cuenta los requisitos de límites para garantizar el cumplimiento de las salvaguardias uniformes.

El nivel de confianza que esta cooperación requiere es casi completo. Sin embargo, estos poderes se ejercen en la ausencia de un marco jurídico global negociado o con responsabilidad democrática. El reconocimiento mutuo es incapaz de asegurar una protección uniforme para los sospechosos, o incluso la fiabilidad de las pruebas compartidas dentro de la UE, es por todo esto que, en línea con los argumentos expuestos, en el presente estudio se defiende la necesidad de creación de una Defensa Europea, especialmente,

para casos criminales transnacionales, en paridad de armas con la acusación.

Para tanto, se podría iniciar con un modelo de Defensoría del Pueblo y después ir avanzando hasta una defensa pública institucionalizada, similar a la Fiscalía Europea.

En este sentido, la Organización de los Estados Americanos ya ha avanzado y ha editado la Resolución AG/RES. 281, de 04 de junio de 2014, teniendo en cuenta la importancia fundamental de que ese servicio de defensa pública oficial goce de independencia, autonomía funcional, financiera y técnica y tomando nota del informe sobre el sistema de buenas prácticas en el tema de acceso a la justicia en las Américas, elaborado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos en seguimiento del mandato de la Asamblea General, ha resuelto²⁸: apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia; Y alentar a los Estados y a las Defensorías Públicas de la región a que presten colaboración con los mecanismos e instrumentos internacionales y regionales existentes de protección de los derechos humanos, como aquellos contra la tortura y de protección de grupos vulnerables, que favorezca el acceso a la justicia de los grupos más desfavorecidos;

En este contexto, se sabe los grandes retos que todo eso presupone, pero para conseguir una cooperación jurídica legítima, de acuerdo con las recientes recomendaciones de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente, sin retroceder en los grandes hitos que la humanidad ha conquistado, no queda otra salida.

28 AG/RES. 2821 (XLIV-O/14) Hacia la Autonomía y Fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia (aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 04 de junio de 2014). Véase <http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/444/Res._OEA_28212014.pdf>. (acceso: 21 de junio de 2014).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, Marian. “El Exhorto Europeo de Investigación: A la Búsqueda de la Eficacia y la Protección de los Derechos Fundamentales en las Investigaciones Penales Transfronterizas”. En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. Año LXV, n. 2145. Agosto, 2012, pp. 1-27.

AMBOS, Kai. *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. “Nuevas Directivas Sobre Derechos Procesales de Sospechosos e Imputados en el Proceso Penal”. En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.). *Cooperación Judicial Civil y Penal en el Nuevo Escenario de Lisboa*. Granada: Editorial Comares, 2011, pp. 269-301.

_____ (Coord.). *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

ARAUJO, Nádia de. “A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional”. En: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Cooperação em Matéria Penal*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2008, pp. 32 y ss.

BACHMAIER WINTER, Lorena. “European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings Study of the proposal for a European directive”. En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. September, 2010, pp. 580-589.

BACIGALUPO, Enrique. *Justicia Penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

BONDT, Wendy De; VERMEULEN, Gert. “The Procedural Rights Debate. A Bridge Too Far or Still Not Far Enough?”. En: *EUCRIM*, vol. 4, 2010, pp. 163-167.

CHIAVARIO, Mario. *Garanzie individuali ed efficienza del processo in Il giusto processo*. Milano: Giuffrè Ed., 1998.

COSTA, Jorge Albino Alves. “La Creación de la Fiscalía Europea”. En: FANEGO, Coral Arangüena (Coord.). *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 98 y ss.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. “La Orden de Detención Europea y los Procedimientos de Entrega entre los Estados Miembros de La Unión Europea”. En: PECO, Ángel Galgo (Director). *Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII. Madrid: Consejo General del Poder Judicial - Centro de documentación Judicial, 2003, pp. 329 y ss.

COSTA, Faria J. “A Globalização e o Direito Penal (ou o Tributo da Consonância ao Elogio da Incompletude)”. En: *Globalização e Direito*, STVDIA IVRIDICA, 73, coloquio 12, Coimbra Editora, 2002, pp. 182-186.

FIJNAUT, Cyrille; OUWERKERK, Jannemieke. *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*. Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2010.

GLESS, Sabine. “Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle”. En: *Utrecht Law Review*. Vol. 9, N. 4, Sept. 2013, pp. 90-108.

HODGSON, Jacqueline S. “Safeguarding Suspects' Rights in Europe: a Comparative Perspective”. En: *New Criminal Law Review*, vol. 14, n. 04, 2011, pp. 611-665.

LEÃO, André. *A Extradicação no Brasil: Uma Releitura a Partir das Garantias do Devido Processo Transnacional*. Monografía de Pós-Graduação. Recife, 2011.

MORALES ROMERO, Marta M. “La Propuesta de un Defensor del Pueblo Europeo en Materia Penal (ECLC)”. En: ROMERO, Marta Muñoz de Morales (Coord.). *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación Actual y Perspectivas de Futuro*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La-Mancha, 2007, pp. 263-273.

MUELLER, Gerhard O.W. “International Judicial Assistance in Criminal Matters”. En: MUELLER, Gerhard & WISE, Edward (eds). *International Criminal Law*. New Jersey: Rothman Ed., 1965.

PENÍN ALEGRE, Clara. “Cooperación Jurídica Internacional”. En: HERMIDA, Ágata M. Sanz; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz (Coords.). *Problemas Actuales de la Justicia Penal: Secreto Profesional, cooperación jurídica interancional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 2013, pp. 34-79.

PUYENBROECK, Laurens Van; VERMEULEN, Gert. “Towards Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the EU”. En: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, pp. 1017-1038.

VALENTINI, Cristiana. *L'Acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione com autorità straniere*. Padova: CEDAM, 1998.

VAN HOEK, Aukje A.H.; LUCHTMAN, Michiel J.J.P.

“Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights”. En: *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue, 2005, pp. 1-39.

VOGEL, Joachim. “Cooperación Penal: Cinco Tendencias. Cinco Propuestas Para Una Acción Futura”. En: MUÑOZ DE MORALES, Marta Romero (Coord.). *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación Actual y Perspectivas de Futuro*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La-Mancha, 2007, pp. 157-166.