

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 96 diciembre 2019

EDITA: **Juezas y Jueces** *para la* **Democracia**

El principio de subsidiariedad y la autonomía procesal de los Estados de la Unión Europea: interpretación jurisprudencial en materia procesal penal*

Montserrat DE HOYOS SANCHO

A Manuel Miranda Estrampes,
in memoriam

I. Premisas y bases normativas

Como es sabido, en la conformación del “espacio de libertad, seguridad y justicia” de la Unión Europea –ELSJ, en lo sucesivo– las competencias se comparten entre los Estados miembros y la Unión –art. 3.2 TUE¹, arts. 4.2 j) y 67 y ss. TFUE²–.

Por lo que respecta específicamente a la materia procesal penal, se atribuye a las instituciones UE de forma expresa la tarea de aproximación de las legislaciones nacionales, objetivo que se entiende no puede ser alcanzado de manera suficiente sólo por la acción normativa de los Estados miembros, si bien se llevará a cabo única-

mente en la medida en que sea necesario para facilitar la cooperación judicial y policial transfronteriza, basada en la eficacia del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales penales.

Tales normas mínimas de aproximación o armonización de los ordenamientos nacionales partícipes en el ELSJ habrán de tener en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros y, según también puede leerse en el art. 82 TFUE, en su apdo. 2º, estas normas UE se referirán a la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, a los derechos de las personas durante el proceso penal –investigados, acusados y víctimas–, así como a otros elementos específicos de la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos, previa aprobación del Parlamento europeo y decisión unánime del Consejo. Por lo demás, opera también en relación con todos estos instrumentos la llamada “cláusula de no regresión”, de tal manera que la adopción de esas normas mínimas no impedirá que cada Estado miembro mantenga o instaure *ad intra* un nivel de protección más elevado que el que se determine en el ámbito UE.

Rigen igualmente en este ámbito de acción de la Unión los genéricos principios de subsidiariedad y proporcionalidad, estrechamente vinculados entre sí, de tal ma-

* Trabajo realizado en el marco de diversos Proyectos y Grupos de Investigación: Plan Nacional I+D+i –Excelencia– Ministerio de Economía y Competitividad: “Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea” –DER 2016-78096-P–; Junta de Castilla y León: “Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio” –VA-135-G18–; Generalitat Valenciana “Claves de la justicia civil y penal en la sociedad del miedo” –Prometeo 2018/2011–; Grupo de Investigación Reconocido, Universidad de Valladolid: “Garantías procesales y Unión Europea”.

1 Tratado de la Unión Europea, D.O.U.E 30-3-2010, C 83/13.

2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E 30-3-2010, C 83/47.

nera que el art. 5 TUE, después de indicar que la *delimitación* de competencias de la Unión se rige por el principio de atribución –la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados; las no atribuidas a la Unión corresponden a los Estados–, aclara que el *ejercicio* de tales competencias se rigen por los mentados principios, en los siguientes términos: “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”; “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”.

Por su parte, el art. 69 TFUE encomienda expresamente a los Parlamentos nacionales la tarea de velar por la vigencia de esos principios de subsidiariedad y proporcionalidad en relación con las iniciativas legislativas de la Unión en materia de cooperación judicial penal y policial, conforme a lo establecido en el Protocolo núm. 2³.

A la autonomía procesal e institucional de los Estados miembros se refiere en los últimos tiempos con cierta frecuencia la jurisprudencia del TJUE en este ámbito del proceso penal europeo –como expondremos *infra*–, aunque no encuentra plasmación expresa en los Tratados. No obstante, hay quien entiende que puede deducirse,

siquiera tangencialmente, de lo previsto en el art. 291.1 TFUE: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión”.

Este “principio” aludiría a la idea de que los Estados miembros gozan de autonomía o discrecionalidad para ejecutar el Derecho de la Unión, con arreglo a su propia organización estatal y mediante los cauces procesales establecidos en su propio derecho interno⁴. Sin embargo, como bien explica Arzoz Santisteban⁵, esta noción o principio de autonomía no puede justificar la prevalencia de una norma interna de procedimiento u organización institucional si está en conflicto con el Derecho de la Unión. Si se acepta la autonomía de los Estados miembros en este ámbito, un grado tolerable de divergencia y desigualdad en la aplicación del Derecho UE por los Estados miembros, es porque no se pone en cuestión la efectividad del Derecho de la Unión. Es decir, las normas procesales internas quedarían desplazadas e inaplicadas en lo que fueran incompatibles con la correcta y efectiva ejecución del Derecho de la Unión, esto es, con los resultados pretendidos por esa normativa supraestatal.

En consecuencia, no existe la posibilidad de una elección libre y autónoma por parte de los Estados miembros a la hora de configurar sus instituciones o de aplicar sus normas de procedimiento para ejecutar o cumplir con el Derecho UE, ya que en todo caso esas normas procesales deberán poder garantizar la efectividad real del mismo; lo que, por cierto, será instado y controlado por el TJUE⁶.

3 Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Diario Oficial nº 115 de 09/05/2008 p. 0206 – 0209

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/02&rid=4>

4 Vid. Arzoz Santisteban, Xabier: “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros de la Unión Europea: mito y realidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 159 y ss., esp. p. 160.

5 *Op. supra cit.* esp. pp. 171, 174, 180, 192 y 197.

6 A través de sus respuestas al planteamiento de cues-

Además, conforme al principio de cooperación leal que caracteriza a los sistemas jurídicos descentralizados –vid. art. 4.3 TUE, “*sincere cooperation*”–, a los Estados miembros les corresponde adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. En particular, al legislador interno le compete velar permanentemente por la suficiencia, adecuación e idoneidad de sus procedimientos e instituciones para lograr tal plena eficacia del Derecho UE. Expresamente indica el art. 4.3 del TUE que los Estados miembros “se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

Una vez planteadas estas premisas, nos ocuparemos a continuación de analizar algunas de las manifestaciones de estos principios rectores y pautas normativas en la reciente jurisprudencia del TJUE, concretamente en materia procesal penal. Hemos optado por una selección de varias sentencias del TJUE, aquellas que nos han resultado más significativas, específicamente en el ámbito de las garantías procesales de investigados y acusados⁷, así como en el contexto de la cooperación judicial penal transfronteriza en el ELSJ⁸.

A efectos puramente argumentativos, hemos preferido agrupar las resoluciones que se van a exponer en dos bloques: por un lado, las sentencias que responden a cuestiones prejudiciales planteadas en asuntos sin componente transnacional, y por otro, aquellas en las que se plantean cuestiones de interpretación o aplicación del Derecho UE en causas en las que está en juego la eficacia de la cooperación judicial en el espacio ELSJ a través del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Podremos finalmente constatar cómo las soluciones son bien distintas, cómo han operado en unos y otros casos los principios de subsidiariedad y autonomía procesal.

II. Respuestas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a cuestiones prejudiciales en asuntos sin componente transnacional

Una de las respuestas que nos parece más significativa en este contexto es la que ofreció el TJUE el pasado 2 de octubre de 2018⁹, en el Asunto *Ministerio Fiscal*, C-207/16, a la cuestión prejudicial planteada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que además parece

tiones prejudiciales, o en sus decisiones sobre los recursos por incumplimiento.

7 Vid. *in extenso* sobre este particular los trabajos contenidos en: Arangüena Fanego, Coral y De Hoyos Sancho, Montserrat (Dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Valencia, 2018. Así como el monográfico de la *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1/2019, precisamente dedicado a la *Cooperación judicial transfronteriza y garantías procesales*. Accesible en <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2019/n-extraordinario-monografico-1-2019>

8 La transposición al ordenamiento español de los principales instrumentos se analiza en: Arangüena Fanego, Coral, De Hoyos Sancho, Montserrat y Rodríguez-Medel, M. Carmen: *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 237/2014, de 20 de noviembre*, Cizur Menor, 2015. Además, sobre la implementación en nuestro país de la Orden

Europea de Investigación, puede verse: Arangüena Fanego, Coral: “Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, 2017, pp. 905 y ss.; De Hoyos Sancho, Montserrat: “La Orden Europea de Investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47, 2019, pp. 1 y ss.; y en el compendio: González Cano, M. Isabel (Dir.): *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Valencia, 2019.

9 EU:C:2018:788. Un comentario a esta STJUE puede encontrarse en Rodríguez Lainz, J.L.: “El régimen legal español en materia de conservación y cesión de datos para la investigación de delitos. Comentario a la sentencia del TJUE de 2 de febrero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9291, 5 noviembre 2018, pp.1 y ss.

marcar la que puede ser la actual y futura línea de actuación del Tribunal de Luxemburgo en materia de garantías procesales en aquellos supuestos en los que la decisión del asunto no compromete –al menos no inmediatamente– la eficacia de la cooperación judicial transfronteriza en el ELSJ.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona preguntó, dicho de un modo sucinto, sobre la interpretación que debía hacerse del concepto “delitos graves” en el sentido de la jurisprudencia previa del TJUE¹⁰, la dictada en las sentencias en que ese criterio se utilizó para determinar la legitimidad y proporcionalidad de una injerencia en los derechos consagrados en los arts. 7 y 8 de la CDFUE¹¹: derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la protección de datos personales, respectivamente. Más concretamente, le preguntó al TJUE acerca del modo de fijación del umbral de gravedad de los delitos a partir del cual, a la luz de esa jurisprudencia previa, podría estar justificada la restricción de los derechos fundamentales antes mencionados, en caso de que las autoridades nacionales competentes para la persecución penal necesitasen acceder a datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas¹².

La Gran Sala del TJUE dio respuesta a esta cuestión afirmando que, si bien el acceso por parte de las autoridades públicas a los datos personales conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas supone una injerencia en los derechos fundamentales al respeto a la vida privada –art. 7 CDFUE– y a la protección de datos –art. 8 CDFUE–, el art. 15 de la Directiva 2002/58/CE sobre tratamiento de datos personales no limita los objetivos de prevención, investigación, descubrimiento y persecución de los delitos a la lucha contra los delitos “graves”, sino que se refiere a “delitos” en general –vid. apdo. 53 STJUE citada–. En este supuesto concreto la injerencia no tenía carácter “grave”¹³, por lo que podría estar justificada para perseguir “delitos” en general –vid. apdo. 57–.

En definitiva, el Tribunal de Justicia evitó pronunciarse sobre un concreto umbral punitivo que permitiera considerar un delito como “grave” a estos efectos, se abstuvo de elaborar al respecto un “concepto autónomo del Derecho de la Unión”, y se limitó en su decisión a aplicar el principio de proporcionalidad a la específica cuestión planteada por la AP Tarragona –vid. expresamente, apdo. 56 STJUE–, de tal for-

10. La demanda de las Sentencias dictadas en los asuntos *Digital Rights Ireland Ltd.* –STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, EU:C:2014:238, asuntos acumulados C293/12 y C592/12– y *Joined Cases AB* –STJUE (Gran Sala) de 21 de noviembre de 2016, EU:C:2016:970, asuntos acumulados C682/15 y C683/15–.

11. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, D.O.U.E. 30-3-2010, C 83/389.

12. En nuestra modesta opinión, es dudoso que esa específica cuestión tuviera que haberse reenviado prejudicialmente al TJUE. El “enganche” o vínculo de la cuestión con el Derecho de la Unión, si bien existe a través de las Directivas europeas sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, parece endeble o insuficiente. Más bien estamos en presencia de un parámetro de concreción nacional: concepto o umbral de delito grave a los efectos de la obtención de datos personales en poder de operadores de telefonía móvil para identificar a los posibles autores

de un hecho delictivo. Estimamos que, todo lo más, podría haber sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, del tipo: ¿es contrario al principio de proporcionalidad poder obtener los datos de identificación de investigados en supuestos de delitos de al menos tres años de privación de libertad? Ya nos manifestamos en este sentido en nuestro trabajo previo: De Hoyos Sancho, Montserrat: “El juez español y la compleja cuestión de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1-2019, pp. 41 y ss., esp. p. 59.

13. Sólo se pretendía identificar a los titulares de tarjetas SIM activadas durante un periodo de tiempo muy concreto –12 días–, con el número IMEI de un teléfono móvil robado. No se trataba de acceder al contenido de comunicaciones efectuadas con ese teléfono, ni a los datos de geolocalización. Es decir, no se pedían datos que pudieran permitir extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados –vid. apdo. 60 de la STJUE–.

ma que concluyó afirmando la conformidad con el Derecho UE del sistema español para la averiguación procesal de los datos personales que almacenan las compañías de telecomunicaciones, con los requisitos, amplitud y condiciones que establece nuestra LECrim, la cual, no lo olvidemos, contiene también una referencia expresa a la proporcionalidad de la injerencia, a la necesaria motivación de la resolución que lo acuerda y a su control jurisdiccional¹⁴.

Igualmente significativa resulta a nuestro juicio la STJUE (Sala 1ª), de 19 de septiembre de 2018¹⁵, Asunto *Milev II*, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Penal Especializado de Bulgaria en el proceso penal seguido contra el Sr. Emil Milev¹⁶, en relación con el mantenimiento de la prisión preventiva, y por medio de la cual se solicitaba una

interpretación por el TJUE de los arts. 3, 4.1 y 10 de la Directiva 2016/343, sobre presunción de inocencia.

El órgano jurisdiccional remitente planteó si resultaba compatible con esta Directiva y con la Carta de Derechos Fundamentales UE una jurisprudencia nacional que supeditaba el mantenimiento de la prisión preventiva a la existencia de "indicios racionales", entendidos éstos como la mera constatación "a primera vista" de que el encausado había podido cometer el delito que se le imputaba, o si tales indicios podían asimilarse a una "elevada probabilidad" de que el encausado hubiera podido cometer el delito que se le imputaba. Además, se preguntó si era compatible con la Directiva y con la Carta una jurisprudencia nacional que obliga al tribunal que debe pronunciarse sobre una modificación de la prisión provisional a motivar su decisión sin comparar pruebas de cargo y descargo, aun cuando efectivamente haya alegaciones en ese sentido, sólo para que el juez se mantenga imparcial en el caso de que se le atribuya el examen del fondo del asunto. Finalmente, se cuestiona si es compatible con tales disposiciones de Directiva y Carta una jurisprudencia nacional en virtud de la cual el tribunal debería efectuar un análisis más detallado y preciso de las pruebas, respondiendo de forma clara a las alegaciones del abogado del encausado, aunque corra el riesgo tal tribunal de no poder conocer después del fondo del asunto, lo que implicaría que tuviera que hacerlo otro.

A todas estas cuestiones, el TJUE responde en los siguientes términos, que resumimos a continuación.

En primer lugar, deja bien claro el Tribunal de Luxemburgo que la armonización perseguida por la Directiva 2016/343 sobre presunción de inocencia es "de carácter mínimo", por lo que no puede interpretarse en el sentido de que constitu-

14 Arts. 579, 588 *ter a*) y concordantes.

15 EU:C:2018:732. Un análisis y valoración de esta resolución, junto con el posterior ATJUE de 12 de febrero de 2019, puede encontrarse en: Serrano Masip, Mercedes: "Presunción de inocencia y derecho a la libertad en el control jurisdiccional de la legalidad de la prisión preventiva", *Diario La Ley*, núm. 9448, 3 de julio de 2019.

16 Ya se planteó previamente otra cuestión prejudicial, también en relación con el Sr. Milev, que la Sala 4ª del TJUE resolvió por medio de Sentencia de 27 de octubre de 2016, EU:C:2016:818, y en la que dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Penal Especializado de Bulgaria, relativa a la interpretación de los arts. 3 y 6 de la Directiva 2016/343 sobre presunción de inocencia, en el marco del procedimiento penal seguido contra el Sr. Emil Milev, y respecto del mantenimiento de una medida de prisión preventiva adoptada previamente contra éste. En esencia, el órgano jurisdiccional búlgaro remitente preguntó si los arts. 3 y 6 de la Directiva debían interpretarse en el sentido de que se oponen al contenido de un dictamen emitido por el Tribunal Supremo de Casación, mediante el que se confiere a cada órgano jurisdiccional competente para conocer de un recurso contra una resolución que imponga una prisión preventiva, la facultad para decidir si, durante el enjuiciamiento, el mantenimiento de esa medida debe someterse a control judicial que dilucide si sigue habiendo indicios racionales de que el sospechoso haya cometido la infracción que se le imputa. Resumidamente, se pregunta al TJUE si tal dictamen puede ser una medida de interpretación del derecho nacional que comprometa gravemente los objetivos perseguidos por la Directiva 2016/343. El Tribunal de Luxemburgo contestó negativamente a la cuestión; poco más se dijo en tal STJUE de 27 de octubre de 2016.

ya un instrumento completo y exhaustivo que tenga por objeto fijar la totalidad de las condiciones de adopción de las resoluciones de prisión preventiva¹⁷. Además, destaca que la presunción de inocencia no se opone a la adopción de resoluciones de carácter preliminar –como la que acuerda la prisión provisional– basadas “en indicios o en pruebas”.

Respecto del “grado de convencimiento” que se debe tener respecto del presunto autor del delito para poder adoptar la prisión preventiva, o sobre los “procedimientos de examen de las distintas pruebas” y el “alcance de la motivación” que debe aportarse, insiste el TJUE en que “esta Directiva no rige tales cuestiones, sino que corresponden en exclusiva al Derecho nacional”.

Y una vez expuestos los extremos sobre los que no iba a entrar a pronunciarse, el TJUE pasa a dar respuesta a la cuestión prejudicial en los siguientes términos: los arts. 3 y 4.1 de la Directiva 2016/343 han de interpretarse en el sentido de que “no se oponen a la adopción de resoluciones preliminares de carácter procesal” –como puede ser el mantenimiento de una medida de prisión preventiva dictada por una autoridad judicial–, basadas en indicios o pruebas de cargo, “siempre que no presenten como culpable a la persona privada de libertad”.

En resumidas cuentas, a nuestro modo de entender, bien poco resuelve el TJUE en esta sentencia. Sólo dice expresamente que la Directiva “no se opone”, lo que no quiere decir que el ordenamiento UE “exija” a las autoridades judiciales esta-

tales que concurra un determinado nivel de indicios o pruebas de cargo para poder limitar provisionalmente la libertad del sospechoso¹⁸. Lo único que verdaderamente importa en este punto –a juicio del TJUE– es que no se presente al preso provisional como culpable. Ya hemos expuesto cómo el Tribunal Penal Especializado búlgaro plantea muchas más cuestiones al TJUE, pero no parece que éste tuviera la intención, al menos en ese momento, de definir con mayor precisión los contornos de la presunción de inocencia en relación con los presupuestos que han de concurrir para adoptar y motivar este tipo de “resoluciones preliminares” de carácter cautelar.

En términos muy similares se pronuncia el Tribunal de Justicia en el Auto de 12 de febrero de 2019¹⁹. Este Auto da respuesta a una cuestión prejudicial planteada nuevamente por el Tribunal Penal Especializado de Bulgaria, en el marco del proceso penal seguido contra el Sr. R.H., quien se encontraba en prisión preventiva, cuestión en la que se pide del TJUE, otra vez más, una interpretación del art. 4 apdo. 1º de la Directiva 2016/343, sobre presunción de inocencia, en relación con el art. 47 de la Carta.

El tribunal remitente plantea, en resumen, si ha de interpretar su Derecho nacional en el sentido de que, para adoptar una resolución de prórroga de la prisión preventiva, debe comprobar previamente que “existen suficientes pruebas de cargo que justifiquen la resolución de que se trate”. Además, si debe considerar y dar respuesta a las alegaciones fundadas que al respecto efectúe la defensa de la persona acusada. Finalmente, si debe entender que las pruebas que fundamentan una imputa-

17 Recordemos que esta cuestión de los presupuestos y requisitos de la prisión provisional no está armonizada en el ámbito UE. Se insiste en la respuesta a esta cuestión prejudicial en que “esta Directiva no rige las condiciones en las que pueden adoptarse las resoluciones de prisión preventiva”.

18 Lo que desde luego supondría un avance sustancial en la armonización de la interpretación de esta garantía de la presunción de inocencia.

19 Asunto C-8/19 PPU – RH, EU:C:2019:110.

ción –y, por tanto, la prórroga de la prisión provisional– deben ser de tal naturaleza que puedan “convencer a un observador neutral y objetivo de que la persona de que se trata pueda haber cometido una infracción”, pronunciándose además “de manera efectiva y real” sobre las objeciones que plantee la defensa de la persona encausada sobre la legalidad de la prisión preventiva.

El TJUE respondió, sucintamente expuesto y respecto de lo que ahora nos interesa, en los siguientes términos: se recuerda –Asunto *Milev*– que la Directiva 2016/343 no rige las condiciones de adopción de la prisión provisional, y en relación con el concepto de “indicios racionales” o “suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate”, esto no equivale a referirse a él como culpable de dichos hechos. En consecuencia, los requisitos derivados de la presunción de inocencia “no se oponen” a que cuando el órgano jurisdiccional competente examine los indicios racionales que permitan suponer que la persona sospechosa o encausada ha cometido la infracción que se le imputa, con el fin de pronunciarse sobre la legalidad de la resolución de prisión preventiva, dicho órgano sopesa las pruebas de cargo y de descargo que se le presenten y motive su resolución, no sólo indicando las pruebas en que se ha basado, sino también pronunciándose sobre las objeciones de la defensa, siempre que la resolución no se refiera a la persona privada de libertad como culpable.

Nuevamente llamamos la atención sobre el hecho de que el TJUE, simplemente, “no encuentra motivo para oponerse” a ciertos exámenes o valoraciones por parte del órgano jurisdiccional nacional decisor, pero en ningún caso da el paso de “exigir” en pro de una más amplia protección de la

presunción de inocencia que, efectivamente, ese órgano decisor tenga que llevar a cabo tales valoraciones de pruebas de cargo y de descargo, o que se deba necesariamente pronunciar sobre las alegaciones que realice la defensa sobre la pertinencia y legalidad de la prisión provisional. Aunque la concreta materia de la prisión provisional no se encuentre armonizada en el ámbito del ELSJ, a nuestro juicio esto no obstaría para afirmar y exigir, en directa aplicación de la presunción de inocencia y del derecho de defensa –reconocidos también expresamente en la CDFUE–, que en la adopción de medidas cautelares personales se motive por el órgano jurisdiccional teniendo en cuenta las alegaciones/pruebas de la acusación, y también las de la defensa.

Está visto entonces que el Tribunal de Luxemburgo, hasta la fecha, no muestra ninguna intención de profundizar más en estas cuestiones tan relevantes²⁰. No parece dispuesto a dar muchos pasos al frente en esa labor de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde²¹.

20 La necesidad de que se apruebe una Directiva sobre armonización de las garantías y presupuestos esenciales de una medida cautelar de la importancia de la prisión provisional, tan vinculada a la efectiva vigencia de la garantía de la presunción de inocencia y al derecho a un “juicio justo”, resulta a todas luces evidente y perentoria.

21 En respuesta a la pregunta que –retóricamente– se formula Bargis, a nuestro juicio, en efecto, ha llegado –hace tiempo...– el momento de que el TJUE actúe, no sólo como artífice de la integración europea a través de la tutela de la primacía del Derecho UE, sino también “como si en efecto fuera una Corte de Derechos fundamentales”. Vid. su trabajo, relativo a la OED, Bargis, Marta: “Mandato de arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di Giustizia: profili critici del caso *Piotrowski*”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2019, pp. 169 y ss., esp. p. 193. Muy significativas resultaban en el año 2012 las palabras del Abogado General Sr. Y. Bot, en las conclusiones presentadas en el asunto *Melloni*, vid. EU:C:2012:600, párrafo 12, quien sostenía con toda claridad que “En la valoración del nivel de protección de los derechos fundamentales que debe garantizarse en el ordenamiento jurídico de la Unión es preciso tener en cuenta los intereses específicos que impulsan la acción de la Unión. Ese es el caso en especial de la necesaria uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión

Otro supuesto significativo es el resuelto por Sentencia de la Sala 4ª del TJUE, de 17 de enero de 2019²², que da respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Penal Especializado de Bulgaria, en el proceso penal contra Petar Dzivev y otros, acusados de organización delictiva e infracciones sobre IVA.

En un proceso penal que afecta a la protección de los intereses financieros de la Unión -fraude del IVA-, se plantea una cuestión sobre la interpretación del "Convenio PIF"²³ en relación con el art. 47 CDFUE, sobre práctica de la prueba. Más concretamente, sobre interceptación de telecomunicaciones, acerca de la autorización concedida por un órgano judicial sin competencia para ello y la aplicación de la normativa nacional sobre la materia.

La cuestión presentada plantea, dicho de forma resumida, si el art. 325 TFUE y el Convenio PIF, a la luz de la Carta de Derechos fundamentales UE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación por el juez nacional de una norma nacional que establece que determinados elementos probatorios -v.gr.: interceptación telecomunicaciones- que requieren autorización judicial previa, deben descartarse de un procedimiento penal si dicha autorización ha sido emitida por una autoridad nacional sin competencia para

ello, aun cuando solo esos elementos probatorios podrían acreditar la comisión de las infracciones de que se trata.

En su respuesta el TJUE señala, en primer lugar, que "en el estado actual de su evolución, el derecho de la Unión no contiene normas aplicables a las circunstancias del caso de autos, relativas a las modalidades de la práctica de la prueba y a su utilización en el marco de procedimientos penales en materia de IVA. Por lo tanto, este ámbito es, en principio, competencia de los Estados miembros".

De otra parte, el Tribunal de Luxemburgo recuerda que las sanciones y procedimientos administrativos o penales que los Estados miembros establecen para luchar contra infracciones de normas armonizadas en materia de IVA "pertenecen al ámbito de su autonomía procesal e institucional, dicha autonomía está limitada además por el principio de proporcionalidad, por el principio de equivalencia, y por el principio de efectividad, que impone la exigencia de que dichas sanciones sean de carácter efectivo y disuasorio". "(...) la obligación de garantizar la recaudación eficaz de los recursos de la Unión no exime a los órganos judiciales nacionales del necesario respeto de los derechos fundamentales garantizados por la Carta y los principios generales del Derecho de la Unión, pues los procedimientos penales incoados por infracciones en materia de IVA constituyen una aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del art. 51 apartado 1º de la Carta".

"Además, las interceptaciones de las telecomunicaciones constituyen una injerencia en la vida privada (...) tal injerencia sólo puede admitirse si está prevista por la Ley y cuando, siempre que se respete el contenido esencial dicho derecho y el principio de proporcionalidad, es necesaria y responde efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión".

y de los imperativos ligados a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia. *Estos intereses específicos llevan a graduar el nivel de protección de los derechos fundamentales en función de los diferentes intereses en juego*" -cursivas añadidas-. Puede verse un estudio crítico sobre el particular en De Hoyos Sancho, Montserrat: "Los efectos expansivos del Derecho de la Unión Europea sobre las garantías procesales", en *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales*, Dir. F. Jiménez Conde, Valencia, 2018, pp. 43 y ss., esp. p. 53.

²² Asunto C-310/16. ECLI:EU:C:2019:30.

²³ Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del TUE, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas, firmado en Bruselas el 26 de julio de 1995 -Diario Oficial 1995, C316, p. 49-.

En esta causa –prosigue el TJUE– “consta que las interceptaciones de las telecomunicaciones controvertidas en el litigio principal fueron autorizadas por una autoridad judicial que no disponía de la competencia necesaria para ello. Por tanto, debe considerarse que dichas interceptaciones de las telecomunicaciones no están previstas por la Ley, en el sentido del art. 52 apartado 1º de la Carta”.

En conclusión, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo a esta cuestión fue la siguiente: la normativa UE “no se opone a la aplicación por el juez nacional de una norma nacional que establece que determinados elementos probatorios, como las interceptaciones de las telecomunicaciones, que requieren una autorización judicial previa, deben descartarse de un procedimiento penal cuando dicha autorización haya sido emitida por una autoridad judicial sin competencia para ello, aun cuando solo estos elementos probatorios puedan acreditar la comisión de las infracciones de que se trate”.

Como era de esperar, en estos contextos el TJUE se pronuncia siempre en términos muy laxos –“la normativa UE no se opone...”–; no dice expresa y rotundamente que la normativa UE –incluida la Carta de Derechos fundamentales, no lo olvidemos– “exige” que se observen determinadas garantías procesales esenciales. En definitiva, en los términos *supra* expuestos, se limita a aplicar el principio de legalidad en relación con la competencia del órgano que acuerda la medida, el requisito de jurisdiccionalidad en la limitación de Derechos fundamentales, al tiempo que invoca la proporcionalidad en las injerencias, y poco más. Por tanto, se respeta ampliamente la autonomía procesal de los Estados miembros; basta con que se cumplan garantías muy esenciales y muy básicas. No encontramos en esta STJUE ninguna referencia a los posibles efectos

reflejos de la prueba ilícita, ni a otro tipo de consideraciones más “de fondo”.

Veremos en el epígrafe siguiente cómo los pronunciamientos son bien distintos cuando está en juego la eficacia del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y, en definitiva, la cooperación penal transfronteriza en el ELSJ. El principio de autonomía procesal de los Estados va a sufrir un recorte o restricción, que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo sí va a estimar imprescindible.

III. Respuestas del Tribunal de Justicia a cuestiones prejudiciales en asuntos que afectan a la eficacia de la cooperación judicial transfronteriza

Además de las trascendentes respuestas dadas por el TJUE en asuntos con gran impacto sobre la conformación del ELSJ, respecto del instrumento “estrella” de la cooperación que es la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE)–, como por ejemplo en *Melloni*²⁴ –efectos *ad extra* de

24 STJUE, 26 de febrero de 2013, EU:C:2013:107. Respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español, en la que éste preguntaba al TJUE si el Estado requerido en virtud de una OEDE podía supeditar la entrega a la condición de que el Estado requirente –Italia– garantizase la posibilidad de revisar la sentencia de condena dictada en ausencia. Como es sabido, el TJUE contestó que, si una determinada materia estaba armonizada en el ámbito UE, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, no podrían invocarse como motivo de rechazo de la OEDE, o exigir las autoridades de un Estado en sus relaciones con los otros Estados miembros, garantías, condiciones o requisitos más allá de ese nivel armonizado, por mucho que éstos tuvieran, incluso con rango constitucional, un mayor grado de protección en el ordenamiento nacional. Un análisis más detallado de esta STJUE y de sus efectos sobre la cooperación judicial transfronteriza puede encontrarse en mi trabajo: De Hoyos Sancho, M.: “Algunas dificultades y cuestiones pendientes en la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea relativas a las garantías procesales”, en *Integración europea y Justicia penal*, Dir. M.I. González Cano, Valencia, 2018, pp. 89 y ss., esp. p. 96 y ss.

las garantías del enjuiciamiento en ausencia—, o en *Aranyosi-Caldararu*²⁵—protección de derechos fundamentales en relación con las condiciones de detención/prisión en otros Estados miembros—, o en otras muchas sentencias del TJUE que hasta la fecha han venido a interpretar y aplicar los instrumentos UE de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales²⁶, o las Directivas sobre garantías procesales de investigados y acusados, algunas de ellas igualmente con notable impacto sobre la cooperación judicial transfronteriza²⁷, o en materia de “*ne bis in idem*” transnacional²⁸, queríamos llamar la atención especí-

ficamente en este trabajo sobre una STJUE reciente, de gran interés a nuestro juicio por el impacto que puede llegar a tener sobre la conformación de las estructuras e instituciones procesales de cada uno de los Estados miembros de la Unión.

En las sentencias del TJUE —Gran Sala— de 27 de mayo de 2019²⁹, el Tribunal aborda sendas cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación del concepto de “autoridad judicial” a los efectos de la emisión de una OEDE.

En estos asuntos, dos nacionales lituanos y uno rumano se oponen ante los tribunales irlandeses a la ejecución de las respectivas OEDEs emitidas por dos fiscalías alemanas y por la Fiscalía General de Lituania, alegando que estas fiscalías no son competentes para emitir las OEDEs porque no son “autoridades judiciales” en el sentido de la normativa UE que regula el instrumento³⁰. Alegan concretamente que éstas no son independientes del ejecutivo, pues se encuentran integradas en una jerarquía administrativa en cuya cúspide se encuentra el Ministro de Justicia, de tal manera

25 STJUE —Gran Sala—, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, de 5 de abril de 2016, EU:C:2016:198. Se habían emitido sendas OEDEs desde Hungría y Rumanía dirigidas a Alemania, donde fueron localizados los Srs. Aranyosi y Caldaru. El tribunal de Bremen competente para resolver —*Oberlandesgericht, OLG*— decidió plantear una cuestión prejudicial preguntando al TJUE si, a la vista de la situación de las cárceles húngaras y rumanas, podría o debería denegarse la entrega, o si se podría supeditar ésta a que el Estado emisor de la OEDE facilitase información que permitiera cerciorarse de la conformidad del lugar de reclusión a que serían conducidos los reclamados, con los Derechos fundamentales tutelados en el Carta —CDFUE—. El TJUE respondió que, con fundamento en la prohibición absoluta de las penas y tratos inhumanos o degradantes, si la autoridad de ejecución de la OEDE tenía datos que acreditaban un riesgo real de tales tratos a las personas detenidas o presas en el Estado emisor de la OEDE, tenía la obligación de apreciar ese riesgo antes de resolver sobre la entrega, y de denegarla si finalmente se constataba —a la vista de la información recibida o de otra disponible— que existían razones fundadas para creer que las personas afectadas correrían efectivamente tal riesgo, debido a las concretas condiciones de detención a las que se verían sometidas. Un estudio de las consecuencias de esta STJUE puede consultarse en mi trabajo, citado en la nota previa, esp. pp. 105 y ss.

26 Vid. la jurisprudencia referida en *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea...*, op. cit. *passim*.

27 Vid. todas las referencias jurisprudenciales y el correlativo análisis que efectúa Arangüena Fanego, Coral, en “Las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 1-2019, pp. 5 y ss.

28 De interés en este punto el reciente trabajo de Hernández López, Alejandro: “La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales”, en *Revista*

de Estudios Europeos, núm. 1-2019, pp. 286 y ss., y del mismo autor, “Granting Due Process of Law to Suspected and Accused Persons Involved in Parallel Criminal Proceedings in the EU”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1/2019, pp. 1 y ss. Vid. también sobre la materia, García Rivas, Nicolás: “Alcance y perspectivas del *ne bis in idem* en el espacio jurídico europeo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 1 y ss.

29 Dictadas en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, y en el asunto C-509/18, EU:C:2019:457 y EU:C:2019:456. Un resumen de su contenido puede encontrarse en el Comunicado de prensa núm. 68/19, emitido el 27 de mayo de 2019 por el propio TJUE. Estas sentencias han sido ya objeto de análisis en el trabajo que firma el Prof. Kai Ambos, publicado en lengua alemana en la revista *JuristenZeitung*, núm. 74, 2019, y en castellano —Traducción a cargo de M. de Hoyos Sancho— en la *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, julio-sept. 2019, pp. 1 y ss., bajo el título “Sobre las fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden europea de detención y entrega”.

30 DM 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 junio 2002, en su versión modificada por DM 2009/299/JAI, de 26 de febrero 2009.

que existe el riesgo de que se produzcan injerencias políticas en sus actuaciones.

A la vista de estas alegaciones de los sujetos cuya entrega se solicita, los tribunales irlandeses competentes para la ejecución de la OEDE solicitaron del TJUE que aclarase o interpretase este extremo de la Decisión Marco.

Resumidamente, el Tribunal de Luxemburgo respondió el pasado el 27 de mayo de 2019 que el concepto de “autoridad judicial emisora” de la OEDE no comprende a las fiscalías de un Estado miembro, como las de Alemania, expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del ejecutivo—como un Ministro de Justicia—en la toma de decisiones acerca de la emisión de una OEDE. Por el contrario, el TJUE concluyó que una Fiscalía como la lituana sí puede ser considerada “autoridad judicial” a estos efectos, porque su estatuto le confiere una garantía de independencia frente al ejecutivo en el marco de la emisión de estos instrumentos de cooperación.

Añade también el TJUE que, si bien conforme al *principio de autonomía procesal* los Estados miembros pueden designar en sus propios ordenamientos nacionales quién será la “autoridad judicial” competente para emitir OEDEs—en general, puede ser una autoridad que participa en la administración de la justicia penal en ese Estado—, debe poder asegurarse que éstas actuarán de manera independiente en el ejercicio de sus funciones, incluso cuando la OEDE se base en una previa orden de detención nacional dictada por un juez o un tribunal. Por tanto, debe poder ejercer esas funciones con objetividad, sin que se plantee el riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en especial por parte del ejecutivo.

Concluye finalmente el TJUE, por lo que respecta a las fiscalías alemanas, que la ley

vigente no permite descartar que su decisión de emitir una OEDE pueda estar sujeta en un supuesto concreto a una “instrucción” del Ministro de Justicia del *Land* correspondiente. Por tanto, estas fiscalías no cumplen con todas las exigencias para ser consideradas “autoridad judicial emisora” en el sentido de la Decisión Marco sobre OEDE; esto es, la garantía de que en todo caso va a actuar con independencia a la hora de emitir dicha orden. En cambio, el Fiscal General de Lituania sí puede considerarse tal, porque su estatuto garantiza la objetividad de sus decisiones y su independencia del ejecutivo a la hora de emitir OEDEs.

Por lo tanto, también en esta STJUE puede apreciarse claramente cómo el Tribunal de Luxemburgo sí entra a fondo en la cuestión que se le plantea, y decide que la autonomía procesal de los Estados, el derecho de designación de sus propias autoridades competentes, ha de ceder en este caso en pro de una interpretación uniforme del concepto; en definitiva, de la armonización o aproximación de las legislaciones nacionales que haga posible el funcionamiento eficaz y fluido de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones en que se asienta la cooperación judicial transfronteriza en el espacio común del ELSJ³¹.

31 Como explica Ripol Carulla, existe una apreciación generalizada de que el TJUE no es un tribunal de protección de derechos fundamentales; al menos, no parece que esta finalidad presida sus actuaciones. Cuando el TJUE se ocupa de los derechos fundamentales, lo hace como “guardián del Derecho europeo”; en este caso, como garante del “efecto útil” de las Directivas, de la eficacia de los instrumentos de cooperación judicial. Con cita de Ferreres Cornella, concluye aquel autor que el centro de gravedad de las preocupaciones del TJUE no reside en los derechos fundamentales, sino en la integración. Esto es, el TJUE se guía por el lema “*in dubio pro integrationem*”. Vid. más ampliamente, Ripol Carulla, Santiago: “El diálogo judicial entre el TJUE y los tribunales constitucionales en materia de derechos fundamentales”, en *El diálogo judicial internacional en la protección de los Derechos fundamentales*. Dir. J. Martín y Pérez de Nancrares, Valencia, 2019, pp. 195 y ss., esp. p. 211.

En este punto, como explica el Prof. Ambos³², si bien las "facultades de dirección externa" que tienen atribuidos los ejecutivos de los *Länder* sobre las respectivas Fiscalías sólo se habían empleado en contadas ocasiones, y siempre con control parlamentario, esto no elimina la posibilidad de recibir tales instrucciones externas, y colisiona por tanto con los postulados de independencia de la autoridad competente para emitir OEDEs que propugna el TJUE. Además, el hecho de que —según alegó el Gobierno alemán ante el TJUE— se otorgue una posible tutela juris-

diccional posterior contra la OEDE dictada, no puede restaurar de manera retroactiva la falta de independencia de la Fiscalía al momento de emisión de la OEDE.

Las consecuencias prácticas de este pronunciamiento del TJUE³³ son evidentes: afectará, no sólo a la OEDE, sino también a otros instrumentos de reconocimiento mutuo que se refieren a la "autoridad judicial" como autoridad de emisión³⁴ y, desde luego, a otros Estados miembros cuyas Fiscalías puedan estar sometidas a las indicaciones del ejecutivo³⁵.