

El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español*

Top value of justice in the European Union.
Special reference to social democratic and constitutional social state
of spanish law

*José Rory Forero Salcedo***

Resumen

El trabajo se circunscribe al estudio del valor superior de la justicia en el marco de la Unión Europea, delimitado y condicionado por los institutos jurídicos de la *tutela judicial y el debido proceso* en tanto desarrollo concreto y aplicación de dicho valor, en un momento crucial por la situación de crisis que viven los estados europeos que ha llevado a varias intervenciones, particularmente en Irlanda, Grecia, Portugal y últimamente en España.

Palabras clave: Derecho, Valores, Justicia, Unión Europea, tutela judicial, debido proceso, Derecho Comunitario, mercantilismo.

Fecha de recepción del artículo: 17 de octubre de 2013

Fecha de aprobación del artículo: 14 de febrero de 2014

* Este artículo de reflexión es resultado de una noble provocación académica propiciada por la Universidad Libre de Colombia, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Grupo de Investigación Derecho Penal, Derecho Disciplinario, Derechos Humanos y Garantías Judiciales, línea Derecho Disciplinario y Derechos Humanos, producto de proyecto de investigación Régimen Disciplinario 2013.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Estudios avanzados en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense. Abogado y Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Tratadista, Conferencista y Catedrático en Pregrado y Posgrado: Especializaciones, Maestrías y Doctorado. Asociado del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario (I.C.D.D.) y Colaborador en el Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Co Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal, Derecho Disciplinario, Derechos Humanos y garantías judiciales avalado por Colciencias, adscrito a la Universidad Libre de Colombia. Se ha desempeñado como funcionario en el Ministerio Público: Asesor, Director de la Oficina Asesora de Jurídica y Personero Delegado para la Segunda Instancia en la Personería de Bogotá D.C. En la Rama Judicial, como Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura. Correo electrónico: joser.foreros@unilibrebog.edu.co

Abstract

Summary: The work is circumscribed to the study of the higher value of justice within the European Union framework, delimited and conditioned by juridical institutes of the *Effective Judicial Protection of Rights and Due Process* regarding concrete development and applying such value, in a crucial time due to the crisis situation faced by European States causing several interventions, particularly in Ireland, Greece, Portugal and lately in Spain.

Key words: Values, Justice, European Union, Effective Judicial Protection of Rights, Due Process, Community Right, Mercantilism.

Introducción

Con este trabajo monográfico resultado de una noble provocación académica propiciada por la Universidad Libre de Colombia, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas y cuyo contenido en esencia representa una aproximación al título persigo tres objetivos concretos:

1. De una parte, auscultar el sentido de la justicia como valor superior de los estados miembros de la Unión Europea. De otro lado, delimitar conceptualmente las categorías dogmáticas de la *tutela judicial y el debido proceso* como derechos fundamentales que representan el desarrollo concreto y la aplicación de este valor en el Derecho Comunitario, máxime que de acuerdo con el Tratado de Lisboa la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea es vinculante jurídicamente.
2. Con base en el planteamiento *Justicia como valor versus mercantilismo de los derechos* y partiendo de las sombras de la Unión Europea en cuanto a tutela, protección y eficacia de los derechos fundamentales derivada de la tensión entre la Europa de los derechos y la del mercado, determinar posibles vacíos en relación con

los *principios procesales de orden judicial y de materia penal*.

3. De encontrar lagunas sobre los principios que inspiran el *debido proceso*, elaborar una propuesta de modulación que cobije las garantías ausentes, desde la perspectiva de la tradición constitucional del Estado español y la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia europeo.

Problema a investigar

Como quiera que el trabajo se circunscribe al valor superior de la justicia en la Unión Europea, delimitado y condicionado por los institutos jurídicos de la *tutela judicial y el debido proceso* en tanto desarrollo concreto y aplicación de dicho valor, en un momento crucial por la situación de crisis que viven los estados europeos, he decidido abordarlo desde la perspectiva de la tradición constitucional del Estado español, en el entendido que la cuestión nuclear en lo que a garantía de derechos se refiere va a consistir precisamente en conectar las tradiciones constitucionales de los estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario que exige una adecuada comunicación entre derechos fundamentales nacionales y europeos. En este sentido la tradición constitucional del Estado

español en materia de *tutela judicial y debido proceso* resulta interesante por el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal que ha experimentado la materia, sin perjuicio naturalmente de la proyección proporcionada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión. Basta con observar la evolución que ha experimentado el tema de la garantía de los derechos fundamentales desde el Tratado de Roma (1957); pasando por el Tratado de Maastricht (1992); Tratado de Ámsterdam (1997); Tratado de Niza (2001), Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004.), hasta el Tratado de Lisboa de 2007.

La aclaración doctrinal se hace por los múltiples interrogantes que se plantean, derivados de las tradiciones constitucionales de los estados miembros, de la igual libertad de todos como postulado y del principio de homogeneidad constitucional elaborados desde la perspectiva de una teoría de la Unión constitucional, en tanto presupuestos metodológicos planteados, y que constituyen el referente obligado del presente trabajo.

Metodología

En efecto, la investigación comprende el valor superior de la Justicia en la unión europea con especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho español.

En una primera parte, auscultare el sentido de la justicia como valor superior de los estados miembros de la Unión Europea, para posteriormente delimitar conceptualmente las categorías dogmáticas de la *tutela judicial y el debido proceso* como derechos fundamentales que representan el desarrollo concreto y la aplicación de este valor en el Derecho Comunitario.

En un segundo acápite, con base en el planteamiento *Justicia como valor versus mercantilismo de los derechos* y partiendo de las sombras de la Unión Europea en cuanto a tutela, protección y eficacia de los derechos fundamentales derivada de la tensión entre la Europa de los derechos y la del mercado, determinar posibles vacíos en relación con los *principios procesales de orden judicial y de materia penal o sancionadora*.

En este sentido la primera y segunda parte son descriptivas y explicativas.

En un tercer apartado, y de encontrar lagunas sobre los principios que inspiran el *debido proceso*, elaboraré una propuesta de modulación que cobije las garantías ausentes, desde la perspectiva de la tradición constitucional del Estado español y la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia europeo. Representa esta tercera parte el corolario lógico del desarrollo visto, en cuanto introduce al lector en el análisis crítico de las garantías que encierra la tutela judicial y el debido proceso en el Derecho Comunitario.

En consecuencia realizaré un *excursus* ordenado conforme a los temas generales señalados en el sumario y a fin de que la investigación guarde coherencia acompañaré en lo pertinente el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de los estatutos que regulan la temática contenidos en la Constitución española de 1978, procurando realizar el análisis valorativo, crítico y reflexivo que sus categorías jurídicas y conceptuales amerita.

En aras de una mayor ilustración la relación de textos y autores se irá detallando en el pie de página correspondiente y de manera general al finalizar el mismo.

Resultado

1. La Justicia: El deber ser

A propósito de la realización y garantía de los derechos fundamentales gracias al Derecho Procesal, en particular de los progresos en la protección de los derechos fundamentales en Alemania, comenta CONRADO HESSE:

“...En la medida que los derechos fundamentales precisan considerablemente de organización y procedimiento, actúan al mismo tiempo sobre el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal, los cuales contribuyen de esta suerte a realizarlos y asegurarlos. Esto resulta evidente en relación con derechos fundamentales cuyo objeto inmediato es la garantía de principios administrativos de organización o procesales, como la libertad de asociación (art. 9.1 G.G), el derecho a un juez determinado por la ley (art. 101.1 G.G.), a ser oído en juicio (art. 103.1 G.G) o con los requisitos y las garantías procesales que establece el art. 104 G.G para las formas de limitación y privación de la libertad. Pero también los derechos fundamentales materiales actúan sobre el procedimiento. De ahí que el Tribunal Constitucional haga hincapié en una aplicación del Derecho Procesal conforme a los derechos fundamentales (...) Organización y procedimiento pueden acreditarse como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales...”

He querido traer a colación el planteamiento del conocido autor alemán como fuente de inspiración y punto de partida para escribir estas líneas, queriendo significar de una parte la importancia del respeto escrupuloso de los derechos fundamentales de las personas proclamados en cualquier organización civilizada, lo que de por sí resulta ya una verdad insoslayable, y de otra la necesidad

de su adecuada realización a través de *organización y procedimiento* en el marco de los estados constitucionales que conforman la Unión europea, partiendo de la cristalización del valor superior de *la justicia* verificada en dos categorías de derechos: *Tutela judicial efectiva y debido proceso*.

Sin duda, el escenario propicio para la expansión y tutela de los derechos se traduce en el ámbito de nuestra área histórico-cultural en el paradigmático Estado Constitucional como forma que revisten los estados miembros de la Unión europea, en tanto su razón de ser radica precisamente en garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas y cuya estructura deriva de la *supremacía de la Constitución* como postulado básico.

Por su parte, el *procedimiento* traduce el instrumento idóneo para hacer efectivas las garantías constitucionales de orden procesal y dentro de ellas la *tutela judicial y el debido proceso* como desarrollo concreto y aplicación de la *justicia* en tanto valor superior y elemento estructural del Estado constitucional.

Ahora bien, si estos postulados resultan necesarios para el normal desarrollo de un Estado constitucional, social y democrático de Derecho individualmente considerado, sin duda deben suponer la base de otro tipo de organizaciones que aspiren en sede teleológica a la realización y garantía de los derechos de sus asociados y que vean en la *justicia* como valor una de las razones de su existencia.

Sin duda, una manera de redescubrir los postulados básicos de la declaración francesa de derechos de 1789 y materializar el núcleo del constitucionalismo contemporáneo cobijado por la Declaración universal de 1948.

En este orden de ideas, la Unión europea para su proyección y en momentos difíciles de crisis como los que esta atravesando, ha de mantenerse fiel a este dogma producto de su mejor tradición cultural. En efecto, en la materialización de estos postulados radica la importancia de los derechos, lo que resalta su *legitimidad* y en cuyo ámbito la *tutela judicial y el debido proceso* como desarrollo concreto y aplicación del valor superior de la justicia en el Derecho Comunitario representan su *efectividad*, hasta llegar a convertir en realidad el postulado ideal de la *justicia para todos* en contrapunto al mercantilismo de los derechos impuesto por las libertades fundamentales del mercado sin ningún tipo de control.

Sin embargo, para la cristalización del postulado *justicia para todos* se requerirá que los ciudadanos europeos y no europeos conforme al principio de la universalidad, se apropien de sus derechos y los conviertan en un instrumento vinculante de los distintos poderes que conforman la arquitectura orgánica e institucional de la Unión, en especial el legislativo y el judicial. No en vano, la finalidad de la Unión es promover valores, perseguir objetivos, defender intereses, los de sus ciudadanos y estados miembros, garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones en el marco institucional formado por el Parlamento europeo, el Consejo europeo, el Consejo, la Comisión y su Tribunal de Justicia.

A este propósito sin duda pueden contribuir de manera definitiva las garantías de la *tutela judicial y el debido proceso* como instrumentos jurídicos al alcance de todos.

1.1 La justicia como valor superior

A manera de contextualización es preciso iniciar con una breve aproximación normativa

y doctrinal a fin de constatar cómo el *valor superior de la justicia* en intención corresponde al núcleo duro de la Unión Europea.

En efecto, la Unión se fundamenta en los valores de *respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*. Estos valores son comunes a los estados miembros *en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no-discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*.

A propósito de las relaciones entre la Unión y los estados miembros deviene un imperativo y es el respeto a la igualdad de éstos ante la Constitución, así como su identidad nacional inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales.

En este contexto la justicia constituye uno de los valores superiores. En España el artículo primero superior así lo reconoce: *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*.

Y su Tribunal Constitucional lo confirma al expresar que los derechos fundamentales son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, *en cuanto ésta se configura como marco de la convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución*. (Tribunal Constitucional. S.25/1981, de 14-7.)

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo señalado en el Derecho comunitario en cuyo ámbito, la primacía del Derecho de la Unión es evidente pero en donde el valor de la Justicia sobresale. Se observa la íntima conexión que debe existir entre los Derechos nacionales y el Derecho comunitario, máxime que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en donde el valor de la Justicia y a pesar de los vacíos que posteriormente comentaré resalta en importancia.

Una aproximación doctrinal muestra la magnitud de este valor superior. LÓPEZ PINA nos enseña que *la justicia aparece como un valor absoluto, equiparable a la belleza, el bien o la verdad; es transmitida como parte de nuestra cultura (Kirchhof), y ha sido considerada cualidad inherente al propio Derecho, hasta el extremo de considerar problemática la obligatoriedad del Derecho injusto (Radbruch). Ello deriva de la escisión entre la validez y la eficacia del Derecho, entre su legitimidad y su efectiva imposición.* (Gutiérrez, 2002, p. 32)

PERALTA MARTÍNEZ comenta por su parte que el Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho consiste ante todo, en un ideal, en una meta, en un proyecto, el proyecto de un Estado justo. En función del proyecto de Estado justo, la Constitución garantiza el principio de legalidad (art. 9.3. de la CE) que como principio, inferior a la idea de <valor>, tiene lugar en el seno de un sistema de valores (...) *La idea de justicia como valor-meta, preside la formación de la voluntad generadora de las leyes, de las normas y la fase de aplicación de éstas, en especial cuando se lleva a cabo a través del proceso.* (Peralta, 1994 citando a Hernández Gil, A. La justicia en la concepción del Derecho según la Constitución Española).

Esta panorámica pone de relieve cómo la Justicia en tanto valor superior representa uno de los elementos fundacionales de la Unión europea.

1.2 El valor de la justicia en la Unión Europea

Parece suficientemente probado cómo la Justicia traduce un valor fundamental del Estado constitucional y de la Unión Europea, desde la óptica del deber ser. En efecto, el derecho a circular libremente en toda la Unión en condiciones de *seguridad y justicia* accesible a todos representa una regla de oro y nos muestra desde otra perspectiva su importancia: *Un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos.*

En primer lugar porque conecta con sus idearios representados en el crecimiento económico, progreso social, libre competencia, protección social y el interés común europeo, en la medida que este valor superior va a determinar su materialización.

En segundo término porque vincula a los poderes públicos y privados, representados los primeros en todas las instituciones, órganos o agencias que conforman la arquitectura orgánica e institucional conforme a sus precisas órbitas de competencia y a los estados miembros. Es claro que el valor superior de la justicia en su concreción del *debido proceso* pero principalmente en la materialización del *derecho a la tutela judicial efectiva* por violación de derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión, debe constituir la guía permanente en el actuar de quienes la conforman.

Pero principalmente considero que vincula al Tribunal de Justicia de Luxemburgo dada la delicada función de interpretar y aplicar

uniformemente el Derecho europeo. En este sentido, su jurisprudencia pienso que ha de continuar en la tarea titánica de *creación de derechos*, pero en todo caso materializando su dimensión institucional, democrático-participativa y social y sus vertientes liberal y objetiva, a fin de proyectar un reconocimiento de los derechos que no se fundamente en la exclusiva vinculación con el mercado europeo sino en el concepto de dignidad humana, algo que no se puede perder de vista a pesar de la crisis.

Así las cosas, la Justicia se erige como valor estructural de la Unión Europea, representando uno de sus ejes fundamentales lo que supone un gran imperativo.

En efecto, si la Unión Europea se quiere consolidar como Unión de ciudadanos y no de simples estados, es decir, si quiere superar una de sus mayores flaquezas como lo es el déficit democrático imperante, es preciso que cristalice los principios estructurales desde su génesis: Libertad, imperio del Derecho, democracia, lealtad federal y los valores de dignidad humana, igualdad, respeto escrupuloso de los derechos humanos, solidaridad interna, cohesión y acceso de todos a los servicios de interés general. Pero principalmente y de manera puntual pienso que debe materializar el valor superior de la Justicia en cuanto conecta con todos estos principios. En últimas, que las personas, ciudadanos europeos y no europeos se apropien de la Carta de derechos y la conviertan en instrumento vinculante de los distintos poderes, y a fe que los instrumentos de la *Tutela judicial efectiva* y *las garantías del debido proceso* pueden ayudar significativamente.

Ahora bien, para comprender el verdadero alcance de la *tutela judicial* así como para la posterior modulación de la garantía del

debido proceso en la parte tercera del presente trabajo, conviene pasar revista detallada al tema de la justicia, enmarcándola ahora en la Carta de derechos, lo que obliga a descender a su contenido en el que de manera expresa está consagrado este valor superior y sus dos mecanismos de concreción.

Son éstos:

1. El Derecho a la *tutela judicial efectiva* por violación de derechos y libertades garantizados por el Derecho europeo; y,
2. El derecho a un *debido proceso* que comporta el principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas; derecho a la presunción de inocencia; *derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra; prohibición de la indefensión y a no declarar contra sí mismo*; derecho a la defensa tanto material como técnica (derecho a ser asesorado, defendido y representado); derecho a que la causa sea oída equitativa y públicamente; derecho a un Juez idóneo, objetivo, imparcial e independiente previamente establecido por la ley; derecho a la eficacia en la tramitación del proceso o causa; derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. (*Non bis in ídem*); principio de irretroactividad de los delitos y de las penas y principio de aplicación de la ley penal más favorable.

Sobre el particular conviene hacer tres precisiones para poder avanzar:

1. Unas y otras garantías son desarrolladas en el Derecho Comunitario.
2. Tales preceptos corresponden al postulado de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho que adoptan sus estados miembros.

3. Los principios procesales de orden judicial y de materia penal tienen como destinatarios los mismos sujetos regulados por los ordenamientos estatales, más que a los órganos judiciales comunitarios. *En caso de conflicto rigen, tanto el principio de primacía del Derecho europeo como la cuestión prejudicial.*

En cuanto al derecho de *tutela judicial efectiva* que tiene toda persona por violación de sus derechos y libertades garantizados en el Derecho europeo no resulta ocioso recordar el *catálogo* en la medida que representa precisamente el objeto de protección.

La *tabla de derechos* es como sigue:

La Unión europea reconoce los derechos, libertades y principios enunciados esto es, la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la *justicia*. En este sentido se conciben los derechos como normas de atribución de competencias a los poderes públicos de ordenación de las relaciones sociales.

Resulta interesante la manera como se proclama la dignidad humana, pues en tanto inviolable será respetada y protegida, consagrándose de manera especial el derecho a la vida e integridad de la persona y prohibiéndose la pena de muerte, así como las torturas, penas, tratos inhumanos y degradantes, la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzados u obligatorios y la trata de seres humanos.

La libertad adquiere un significado especial, por cuanto se proclama el derecho a la libertad y la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, protección de datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión y de información,

libertad de reunión y de asociación, libertad de las artes y de las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

Englobado en el valor principio de la igualdad, se consagra la misma ante la ley, la no-discriminación, el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño, de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas.

Se consagra dentro de los derechos de solidaridad, el de información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido injustificado, el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas, la protección del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, la protección de la vida familiar y profesional, el derecho a la seguridad social y ayuda social, la protección de la salud, el acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y de los consumidores.

Finalmente, se ofrecen como derechos vinculados a la ciudadanía, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho a una buena Administración, el derecho de acceso a los documentos y a someter al Ombudsman o Defensor del Pueblo europeo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, el derecho de petición, la libertad de circulación y residencia y la protección diplomática y consular.

Sin duda, se inspiran en las tradiciones constitucionales de los estados miembros y en el catálogo de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

1.3 Naturaleza jurídica de los derechos a la tutela judicial y el debido proceso en tanto desarrollo concreto y aplicación de la justicia

La tutela judicial y el debido proceso constituyen derechos fundamentales de una importancia singular en cuanto se erigen como el desarrollo concreto y aplicación del valor superior de la justicia. Es preciso por tal razón realizar muy genéricamente una aproximación a su naturaleza jurídica.

No cabe duda que las garantías consagradas en la Convención se enmarcan en la categoría de derechos fundamentales definidos por LUCAS VERDÚ como aquellos *postulados universales, basados en la dignidad del hombre, fundados en valores supremos, que se imponen a los poderes públicos nacionales e internacionales, promotores del desarrollo pleno de la humanidad.* (Lucas Verdú, 2002.)

En polémica definición, FERRAJOLI considera derechos fundamentales *todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.* (De Cabo y Pisarello, 2001)

Y partiendo de la ilustración dada por Cruz Villalón estamos en presencia de derechos *subjetivos*, ya que permiten a su titular exigir protección ante la vulneración por parte en este caso de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros; *y fundamentales* en cuanto encuentran reconocimiento en el Tratado Constitucional y en la medida que de

este reconocimiento se derivan consecuencias jurídicas. Sin embargo, la realidad de una Unión dominada por el mercado puede contrarrestar el concepto de la fundamentalidad como veremos más adelante. (Cruz Villalón, 1989.)

No obstante las grandes luces del Derecho de Estrasburgo desde el punto de vista axiológico, la crisis ha llevado a que tales postulados difieran de la realidad europea, en tanto se carece de una unidad política y de unos ciudadanos europeos políticamente emancipados. Sin embargo, recordemos genéricamente el proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales para comprender la incorporación en la Unión de las garantías bajo estudio.

Un dato histórico nos puede ayudar. Permítaseme citar a Gerald Stourzh (1989, P. 43) en aras de una mayor precisión:

“Por el mismo (sic., el concepto de ‘constitucionalización de los derechos individuales’) se entiende la incorporación de derechos subjetivos en normas formalmente básicas, las constituciones o sus precedentes, que se sustraen a la disponibilidad del legislador ordinario, al encontrarse sometidas a un procedimiento de reforma agravado (amending power) o incluso a un mandato de inmutabilidad. Sólo en virtud de esta incorporación, es decir, constitucionalización, devienen los derechos ‘derechos fundamentales’ en sentido estricto, es decir, derechos que el curso del desarrollo constitucional posterior van a poder ser invocados y alegados en un procedimiento de control de constitucionalidad”.

A propósito de la ubicación dentro del contexto de los valores y principios constitucionales es preciso señalar que las garantías procesales bajo estudio, determinan hasta dónde los poderes públicos y privados de la

Unión y de los estados miembros pueden intervenir dentro de la esfera privada del individuo colocado en situación de procesado como límite derivado del principio de legalidad base del Estado de Derecho. En consecuencia, considerando que la Convención Europea de Derechos del Hombre consagra toda una tabla de directrices de orden dogmático orientadoras de la sociedad, considero que *tutela judicial y debido proceso* han de ser entendidas en ese preciso sentido, es decir como verdaderos principios supraleales derivados de las tradiciones constitucionales de los estados miembros, máxime si observamos la ubicación sistemática del valor superior de la Justicia en la Carta de derechos.

La importancia de las garantías aludidas se deriva igualmente de su tipología dentro de la Convención Europea de Derechos Humanos:

Veamos la cuestión partiendo de dos criterios de clasificación:

Conforme al criterio *topográfico* se ubican en el Título I del Convenio, artículos 2 al 14. De acuerdo al criterio *generacional*, es decir conforme aparecen y se desarrollan dentro de la historia de los Derechos pertenecen a la categoría de derechos de libertad, como quiera que se presentan en el contexto del constitucionalismo moderno fruto de una de las mayores conquistas de la humanidad y en consecuencia son derechos individuales, subjetivos, de *status negativo* pues implican en principio una abstención por parte del Estado y de exigencia directa, generando en consecuencia obligaciones de resultado.

Basta con este armazón teórico representado en los temas de la justicia como valor superior, los matices que adquiere en la Unión Europea y la naturaleza jurídica de

los derechos a la *tutela judicial y al debido proceso* en tanto su desarrollo concreto y aplicación, para involucrarnos en la delicada temática de la justicia como valor *versus* el mercantilismo de los derechos.

2. Justicia como valor *versus* el mercantilismo de los derechos

Si la primera mitad del siglo XX se caracterizó en Europa por la negación de los derechos fundamentales, principalmente en el escenario dantesco del fascismo y el nacional socialismo, no cabe duda que la segunda mitad estuvo determinada por su proclamación y garantía en tanto se redescubre el significado profundo de la Declaración francesa de 1789: *toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución*. No en vano, el tema determinó el contenido de la Declaración Universal de los derechos humanos y de las Constituciones de Alemania e Italia que nacieron en la segunda posguerra, adquiriendo un significado vital dentro de la evolución que ha experimentado la Unión Europea, en tanto el reconocimiento de derechos fundamentales constituye su razón de ser, importancia que cada día toma fuerza en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos creado para garantizarlos.

2.1 La tensión entre la Europa de los derechos y la Europa del mercado: El problema de su eficacia

Es cierto que la Carta de derechos fundamentales de 2000, viene a limitar el poder de la Unión Europea y da a entender la garantía de los derechos como su gran imperativo. Sin embargo, se vislumbra en su *ser o realidad* una

tensión fuerte entre los conceptos de democracia y mercado que sin duda repercute en el tema de los derechos fundamentales, particularmente en cuanto hace a la limitación de los derechos políticos de los ciudadanos y a las barreras impuestas por el mercado que impediría la materialización del efecto de irradiación de los mismos, por lo que pueden quedar convertidos en simples derechos subjetivos y en tanto limitados, perder el carácter de fundamentales.

Es una tensión permanente que deriva de la antinomia entre:

Poder político y poder económico; interés comunitario e intereses nacionales; ciudadanos políticamente emancipados y ejercicio oligárquico del poder; democracia comunitaria y mercado sin riendas ni responsabilidad de capital; unidad política y déficit democrático; una Unión política y una Unión económica; método comunitario y forma intergubernamental de decisión; supranacionalidad y simple directorio de estados; Gobierno social o del medio ambiente y Gobierno económico; planteamiento regulador y de desarrollo solidario y planteamiento librecambista; una Europa política y una Europa económica; en últimas, una Europa democráticamente gobernada al servicio de los derechos de los ciudadanos y una Europa al servicio del mercado. Si se quiere, la tensión entre la justicia como meta-valor y el mercantilismo de los derechos como su antítesis.

El panorama resulta más sombrío si se tiene en cuenta que el fin último y parámetro de evaluación de cualquier unión política, llámese Estado Constitucional o Unión Europea va a estar representado en la efectividad de los derechos de las personas que allí conviven.

Así las cosas salta a la vista el compromiso del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, dada la delicada función de interpretar y aplicar uniformemente el Derecho europeo y resulta todo un reto, pues su jurisprudencia debe proyectarse en el reconocimiento y garantía de los derechos no partiendo de la exclusiva vinculación con el mercado europeo sino del concepto de dignidad humana como he venido observando.

Si no es así, es decir si se parte de una interpretación restrictiva de la Carta, pienso que la batalla habrá de librarse en los respectivos estados y exigirá un esfuerzo descomunal de los Jueces Nacionales, pero principalmente de las personas, ciudadanos o no ciudadanos que consideren violados sus derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión, sin perjuicio del papel fundamental que jugaría el principio de homogeneidad constitucional, en tanto requerimiento a los candidatos de la Unión o de los estados miembros, sobre el respeto escrupuloso de los valores consagrados en la Carta, empezando por el valor de la Justicia, y afincando en las tradiciones constitucionales de los países miembros, la democracia comunitaria. El derecho a la *tutela judicial efectiva* y al *debido proceso* en este ámbito de la Justicia, ostenta un papel determinante.

Pero bien, para que la garantía de los derechos en la práctica no quede en simple retórica, se requerirá de una verdadera unidad política y de unos ciudadanos políticamente emancipados. De estos factores va a depender el triunfo de la democracia comunitaria sobre el mercado sin riendas ni responsabilidad de capital, es decir, el triunfo de la Justicia como valor sobre el mercantilismo de los derechos.

En últimas, la materialización de la tutela pública de los derechos y del mercado, para poder cristalizar el postulado de la *justicia para todos*, naturalmente conforme a la construcción dogmática magistral y cuidadosamente elaborada de *Democracia y cooperación reforzada como una forma política alternativa*. (López Pina, P. 275-280)

2.2 Las sombras de la Unión en relación con los principios procesales de orden judicial y de materia penal

Muchas son las virtualidades de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que se han venido detallando. Los más optimistas consideran que esta basa la Unión en los ciudadanos y en los estados, consolida la economía social del mercado y consagra instrumentos claves para combatir la vulneración de derechos.

Conviene ahora pasar revista a las sombras en cuanto conectan con nuestro tema. Empezaré por las flaquezas generales para culminar con los vacíos o lagunas que se observan en cuanto a principios procesales de orden judicial y de materia penal, y para tal efecto es preciso recordar el contenido de la fallida Constitución para Europa.

En efecto, se le cuestionaba a la Carta su pretensión de cobertura total, el desconocimiento de lo social, la subordinación a la política armamentista, el ir en contra de la tradición europea del Estado de bienestar, el olvido de las regiones, el mercantilismo en los derechos, la libre competencia llevada al extremo, el no favorecer la igualdad de salarios, los pocos avances en política exterior, la falta de compromiso social, la dificultad en la toma de decisiones de sus instituciones, en

fin, la forma oligárquica de gobierno. Es decir, se le cuestionaba el método antidemocrático de elaboración, la inoperancia de la Carta de derechos Fundamentales en tanto convidada de piedra y la imposibilidad práctica de reforma.

Sin embargo, recordemos las flaquezas del otrora Tratado Constitucional de 2004, y para tal efecto resulta apropiado el planteamiento de LÓPEZ PINA cuando señalaba, partiendo de la teoría constitucional, que por la complicidad de Jefes de Estado y de Gobierno, Europa renunciaba a tener una defensa y una política exterior; el freno a una Europa democrática que pusiera riendas al dominio del capital y garantizara un desarrollo sostenible y las condiciones materiales de la igual libertad y la escenificación de una ley de hierro impuesta por aquellos y representada en la imposición de los intereses nacionales sobre el interés comunitario y cuyo efecto se traduce en *pasador de cuatro candados* que los *príncipes o señores privados de los tratados* colocan a la Unión de ciudadanos igualmente libres.

Ahora bien, en el plano de principios procesales de orden judicial y de materia penal, en la llamada Constitución para Europa, se echaba de menos la garantía del *habeas corpus*, *por más que, en general, sea inferible del art. II-66 TCpE, y, más en concreto, del derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho de defensa en el proceso penal (arts. II-107 y 108 TCpE)*.

Compartiendo la observación anterior, de mi parte observaba la ausencia en el Título VI de la Carta de tres garantías fundamentales de carácter universal que se vislumbran en los ordenamientos de los estados miembros y en especial en el ordenamiento español.

Es decir, la Carta de derechos de 2004 tenía *en más* sobre el catálogo español -artículos 24 y 25-, la garantía *expresa* representada en el principio de irretroactividad de los delitos y de las penas y principio de aplicación de la ley penal más favorable, pero tenía *en menos* no obstante su capital importancia, las garantías procesales descritas expresamente en el artículo 24 superior español traducidas en la utilización de medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y en la interdicción de la indefensión.

Ante tal omisión, un papel fundamental le correspondería y le corresponde con la nueva Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, al Tribunal de Justicia de Luxemburgo dada la delicada función de interpretar y aplicar uniformemente el Derecho europeo y a los Tribunales nacionales cuya interpretación de la Carta debe hacerse atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención europea. No debemos perder de vista que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es la principal fuente de inspiración del Tribunal de Justicia para reconocer derechos fundamentales susceptibles de tutela como principios generales del Derecho comunitario, máxime que casi todos los derechos recogidos en el Convenio constan en la Carta. La jurisprudencia que de allí emane, repito, debe proyectarse en el reconocimiento de estos derechos no partiendo de la exclusiva vinculación con el mercado europeo sino con el concepto garantista de la dignidad humana.

Finalmente, un refuerzo ante esta laguna sin duda se encontraba en la preceptiva

incluida en el Preámbulo de la anterior Carta que reafirmaba, *dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Estatutos que sí consagran las garantías en comento de forma expresa.

3. Tutela judicial y debido proceso: Desarrollo concreto y aplicación del valor superior de la Justicia

Las aportaciones precedentes permiten involucrarnos ahora si y con alguna solvencia en la dinámica del procedimiento como instrumento idóneo para hacer efectivas las garantías de la *tutela judicial y el debido proceso*, desarrollo concreto y aplicación de la *justicia* en tanto valor superior y elemento estructural de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; fiel al pensamiento de HESSE, traducido en que *organización y procedimiento* pueden acreditarse como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales.

En consecuencia realizaré en este acápite la modulación de los derechos y garantías establecidos en favor de las personas en el capítulo VI y los artículos 24 y 25 de la Constitución española dentro del sendero procesal que nos brinda la doctrina jurisprudencial del

Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Tribunal Constitucional español, partiendo del postulado que he venido trabajando:

En cuanto a garantía de derechos se refiere la cuestión esencial, va a consistir en conectar la Carta de derechos con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (STCo. nº 14/1999 (Sala Segunda), de 22 febrero) español en este campo es prolija. En uno de sus pronunciamientos describe así las garantías procesales:

“...el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión,... el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones, el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados, ...el derecho a la presunción de inocencia, ...que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, ...con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, ...el derecho a no declarar contra sí mismo, ...el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados a la defensa, ...del que se deriva que vulnera el Art. 24.2 CE la denegación inmotivada de los medios de prueba...”.

3.1 Derecho a la tutela judicial efectiva por violación de derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión

La normativa consagra sin duda alguna uno de los derechos fundamentales más importantes de las personas. En efecto, se garantiza la posibilidad de acudir a la vía judicial reclamando su restablecimiento ante la violación de derechos y libertades garantizados por

el Derecho de la Unión y de los estados miembros.

En relación con este derecho en conexión con las garantías procesales, el Tribunal Constitucional (Martínez-Pereda y otros: S.46/1982, de 12-7. Op. cit. p. 188.) español ha expresado que *el artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas -garantías procesales-, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca puede producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto.*

En el ámbito del Derecho Comunitario esta garantía corresponde al artículo 13 del CEDH, según el cual *toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente convenio hayan sido violados tienen derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.*

En el Derecho de la Unión la protección es más amplia ya que *garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un Juez.*

3.2 Principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

Se desarrolla el principio conforme a los postulados *lex escrita*, existencia de la Ley, *lex previa*, que la Ley sea anterior al hecho sancionado y *lex certa*, que la Ley describa

un supuesto de hecho estrictamente determinado y constituye sin duda uno de los pilares básicos del *Estado social y democrático de Derecho español*, de ahí que el artículo 9.3 superior lo garantice expresamente.

De conformidad con el otrora artículo II-109 TCpE *nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la Ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.*

En relación con este principio es amplia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este artículo igualmente recoge la norma clásica de irretroactividad de las leyes y sanciones penales. *Se ha añadido la norma de retroactividad de la pena más leve que reconocen numerosos Estados miembros y figura en el artículo 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.*

Como se observa la Carta de derechos toma el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

3.3 Presunción de inocencia

En conexión íntima con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del procesado que se estudiará posteriormente, se encuentra la garantía de la presunción de inocencia cuyo ámbito

de aplicación, en reiterada doctrina jurisprudencial de los Tribunales Supremo y Constitucional español, *no puede entenderse reducida al campo de las conductas presuntamente delictivas, sino que ha de extenderse también a conductas administrativas o civiles de las que resulta no sólo una sanción, sino también una limitación de derechos.* (Martínez-Pereda y otros: SS., Antigua Sala 3ª, de 19-12-86 y, Sala 1ª, de 5-5-88 y 2-3-90.)

Es clara la inescindibilidad del derecho fundamental a la presunción de inocencia que le asiste a los procesados y la garantía de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Vinculado a la idea anterior y no obstante corresponder a un planteamiento predicable en el ámbito judicial nacional traducido en que el Juez del Estado Constitucional es aquél que opta necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material, *mutatis mutandi*, este principio que nace en el seno de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros se proyecta al Derecho de la Unión y debe vincular al Juez Comunitario.

Ahora bien, el principio universal de la *presunción de inocencia* supone que toda decisión sancionatoria requiere certeza de los hechos imputados obtenida mediante una adecuada actividad probatoria y certeza del juicio de responsabilidad sobre los mismos.

En efecto, la decisión sanción y la absolutoria, producto de un proceso tramitado de manera integral, debe ser congruente con la realidad fáctica. Integralidad que viene a estructurarse precisamente con tal actividad, máxime que para adoptar una decisión adversa al procesado, el Juez debe tener absoluta certeza y estar plenamente convencido

de que en efecto cometió el delito, pues de lo contrario, es decir, si no existe la convicción plena conforme al recaudo probatorio allegado, si se debate entre la certeza y la duda, luego de recorrer el difícil camino de los grados de persuasión, recordemos, la ignorancia inicial de los hechos, duda, probabilidad y la certeza, inexorablemente ha de proferir decisión absolutoria conforme al principio universal *in dubio pro reo*.

Por lo demás esta garantía, recogida en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH según el cual *toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*

3.4 Derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, prohibición de la indefensión y a no declarar contra sí mismo o a no declararse culpable

Expresa el Tribunal Constitucional dentro del ámbito penal a propósito de esta garantía en sentencia n° 70 de 3 de abril de 2002:

“...nuestra jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo de aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas solicitadas a los órganos judiciales, sin que este Tribunal pueda revisar sus decisiones, salvo cuando el rechazo de la prueba propuesta carezca de motivación o la que se ofrece sea insuficiente (SSTC. 89/1995, de 6 de junio, FJ. 6; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ. 2 y 5)

o manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC. 52/1989, de 22 de febrero, FJ. 2; 65/1992, de 29 de abril, FJ. 3; 94/1992, de 11 de junio, FJ. 3; 1/1996, de 15 de enero, FJ. 2; 37/2000, de 14 de febrero, FJ. 3).

El *instituto jurídico de la prueba* constituye en mi sentir el más importante en el ámbito de cualquier procedimiento acorde con su dialéctica probatoria. Sin embargo resulta paradójico como esta garantía no está consagrada expresamente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Me pregunto: ¿Hay que inferirla de otras disposiciones? Ante la perplejidad por el vacío me permito hacer los siguientes comentarios como modesta aportación:

En la *complejidad y vicisitudes* que enmarcan la conducta humana juega un papel importante en la vida del hombre la constatación de sucesos, hazañas, acontecimientos, casos, acciones, actos, acaecimientos. Tal verificación viene a materializarse en la *evidencia* como actividad demostrativa de hechos. El anterior planteamiento al ser trasladado del ámbito fáctico o natural a la órbita jurídica, trasciende lo importante para entrar en el campo de lo fundamental.

Evidentemente, en el procedimiento civil, penal, laboral, contencioso, disciplinario, la *prueba* se erige como un instrumento jurídico fundamental en la búsqueda de la verdad real de los hechos que le interesan y sirven de sustento. Entonces si para *Jean-Jacques Rousseau* el individuo es el alma del Estado, *mutatis mutandis*, para el Juez Nacional y Comunitario la prueba debe constituir el *alma del procedimiento*.

De ahí la máxima sabia de los juristas romanos cuando señalaban que *tanto da no probar como no tener el derecho (Idem est non esse aut non probari)*.

El instituto jurídico de la prueba a su turno es consustancial al desarrollo de la humanidad misma y adquiere una importancia excepcional con la aparición y el desarrollo del Derecho como instrumento regulador de la difícil convivencia de los seres humanos. De ahí el nexo permanente que existe entre prueba, verdad y certeza, hasta el grado que las mayores frustraciones jurídicas de las distintas sociedades cuando el hombre se aparta del *deber ser* estatuido, se verifican porque las instituciones a las cuales el Estado ha delegado la misión más delicada como lo es la *administración de justicia*, por diversas circunstancias se muestran incapaces para recaudar la prueba demostrativa de la verdad generando *per se* el fenómeno de la impunidad.

Partiendo de un enfoque teleológico la prueba se erige como un medio para lograr un fin, y el fin dentro del procedimiento penal no puede ser otro que la certeza, la verdad, la convicción por parte del Juez Nacional o Comunitario, de que se cometió o no el delito, es decir, la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Certeza a la que llega gracias a los elementos de juicio o pruebas recaudadas y en todo caso atravesando el difícil camino conformado por los grados de persuasión: duda, probabilidad y certeza.

En este orden de ideas resulta diáfana la importancia que reviste este derecho suprallegal del procesado de *utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa consagrado en el artículo 24.2 de la CE* que conecta con todas las garantías procesales y que inexplicablemente no aparece de manera expresa en el Título VI de la Carta de derechos de la Unión.

Observación que igualmente se predica de la prohibición de la indefensión pues

tampoco está consagrada expresamente en el capítulo VI, no obstante por expreso mandato del artículo 24.1 de la CE representa una de las mayores garantías del procesado en la vía judicial, máxime si entendemos la garantía como el respeto *del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente, con vistas al reconocimiento judicial de su tesis.* (Martínez-Pereda y otros: S.48/1986, de 23-4. Óp. cit., p. 208.)

En el ámbito judicial español su Tribunal Constitucional (S.89/1986, de 1-7.), en cuanto a la esencia de esta garantía, indica que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y en su manifestación más trascendente, *es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción.*

En este mismo sentido expresa el máximo intérprete de la Constitución de 1978 (STCo. n° 14/1999, de 22 de febrero.) *“...para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados...”*

Finalmente, la garantía a no declarar contra sí mismo tampoco aparece expresamente en el pluricitado capítulo VI. Me pregunto ¿Al igual que con las garantías del *habeas corpus*, la prueba, la interdicción de la indefensión, habrá que inferirla de otras normas de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea?

3.5 Derecho de defensa tanto material como técnica

El derecho de defensa que le asiste al procesado se encuentra en conexión con el conjunto de garantías del artículo 24 de la CE., máxime si entendemos que este derecho es consecuencia lógica de un procedimiento rodeado de las aludidas garantías y que por tal razón demanda para su operatividad racional un estudio juicioso por parte del Juez Nacional y Comunitario.

Esta garantía está consagrada en el CEDH según el cual todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos: a ser informado, en el más breve plazo, en la lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él, a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa, a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan, a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra, a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

En vinculación con el derecho de defensa está el de la asistencia letrada:

Sobre esta garantía en el ámbito judicial señala el Tribunal Supremo en España (Martínez-Pereda y otros: S., Sala 4 de 3-5-90; S. de 3-4-90; S., Sala 2 de 6-4-90, p. 231):

“El derecho a un proceso justo incluye dentro de sí el derecho a la defensa letrada, pero no sólo en el proceso penal, sino en toda clase de juicios... que puede ser de su elección o, en su defecto, nombrado de oficio, sin que en el caso de que se nombre de oficio se puedan considerar alteradas o disminuidas las posibilidades de defensa ni conculcado el derecho a un proceso con todas las garantías..., pero para que la no asistencia del letrado provoque, no sólo una indefensión formal, sino material, ante el hecho de que la otra parte sí que estuvo dirigida jurídicamente, es preciso que dicha circunstancia haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, ya que si esto no sucede, no tendría sentido dicha denuncia...”

En cuanto a la asistencia letrada era amplia la regulación en la otrora Constitución europea. En efecto, señalaba el artículo II-107 TCpE que *toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Así mismo se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.*

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe concederse asistencia jurídica cuando su ausencia pudiera hacer ineficaz la garantía de un recurso efectivo (Sentencia del TEDH de 9.10.1979, Airey, Serie A, Volumen 32, p. 11). Un sistema de asistencia jurídica también existe ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.6 Derecho a que la causa sea oída equitativa y públicamente

Es clara la preceptiva de la otrora Carta en este sentido: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley.*

Pone de relieve esta garantía la importancia de las audiencias, vistas, traslados y notificaciones. Marco en el que el Juez Nacional y Comunitario debe ser supremamente cuidadoso so pena de incurrir en flagrante violación del derecho de defensa que le asiste al procesado.

3.7 Derecho a un Juez idóneo, objetivo, imparcial e independiente previamente establecido por la ley

Sin duda se trata de principios que deben concurrir como guía permanente de todo Poder Judicial, Nacional o Comunitario, amén que constituye el núcleo básico de la administración de justicia. Es lo mínimo que una persona sometida a un proceso en el ámbito estatal o post-nacional puede exigir: *idoneidad, objetividad e independencia* del Juez, quien debe tener en cuenta que la finalidad del procedimiento penal consiste en indagar sobre la verdad real de los hechos y sancionar a los responsables pero garantizando en todo caso los derechos individuales del procesado.

Señala el Tribunal Constitucional español sobre el particular: *Entre las garantías del artículo 24.2 de la Constitución debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el Derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental en la Administración de justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el artículo 1.1*

de la Constitución. (Martínez-Pereda y otros: SS. 145/1988, de 12-7; 164/1988, de 26-9; y 11/1989, de 24-1, pág. 216)

En el escenario del Derecho Comunitario es importante destacar que esta garantía corresponde a la consagrada en el artículo 6 del CEDH según el cual *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La Sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*

Ahora bien, en el Derecho de la Unión, *el derecho a un Tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil.*

3.8 Derecho a la eficacia en la tramitación del proceso o causa.

El derecho a la tramitación del proceso sin dilaciones indebidas ha de constituir una constante en el accionar del Juez Nacional y Comunitario en el ámbito del procedimiento penal, pues conecta con todas las garantías constitucionales en este campo si entendemos, en relación con la eficacia

de la actuación penal, *mutatis mutandi* que *justicia demorada, justicia denegada*.

Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en actuaciones judiciales, señala el máximo intérprete de la Constitución española (Martínez-Pereda y otros: SS. 223/1988, de 24-11 y 81/1898, de 8-5. Óp. cit., p. 214): “*No son admisibles interpretaciones restrictivas del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en una sociedad democrática, pues no son conformes con el sentido y objeto del precepto constitucional; postulado este que igualmente se obtiene del principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente por nuestra doctrina constitucional, que impide restringir el alcance y contenido del anteriormente citado derecho fundamental con base a distinciones sobre el origen de las dilaciones que el propio precepto constitucional no establece*”.

3.9 Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (*Non bis in idem*)

El otrora artículo II-110 TCpE señalaba que *nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante Sentencia penal firme conforme a la Ley*.

Corresponde esta garantía al principio universal *non bis in idem*. Se aplica en el Derecho de la Unión de manera uniforme (véase entre otras Sentencias de una importante jurisprudencia la de 5 de mayo de 1966, *Gutmann c. Comisión*, asuntos 18/65 y 35/65. Rec. 1966, p. 150, y para un asunto reciente la Sentencia del Tribunal de primera instancia de 20 de abril de 1999, asuntos acumulados T-305/94

y otros...). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 (2), el principio *non bis in idem* no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios estados miembros, lo que se corresponde con el acervo del Derecho de la Unión. Es retomado en el capítulo VI de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Principio de irretroactividad de los delitos y de las penas y principio de aplicación de la ley penal más favorable.

El anterior artículo II-109 TCpE en su numeral 2 preceptuaba que *el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones*.

Por su parte, el artículo 7 del CEDH señala que *el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*.

Como se observa se ha suprimido simplemente el término civilizadas *lo que no supone modificación alguna del sentido de este apartado, que se refiere a los crímenes contra la humanidad*.

El numeral 3 del artículo en comentario codifica que *la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción*. Recoge sin duda el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrados por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

Conclusiones

En este orden de ideas espero haber aportado algunos elementos de juicio para confirmar:

1. La importancia que revisten en el ámbito del Derecho Comunitario las garantías plasmadas en el otrora Título VI Parte II del Tratado de la Unión, en tanto categorías dogmáticas que emanan de las tradiciones constitucionales de los estados miembros y su dimensión profunda en tanto han de prevalecer sobre cualquier consideración en el proceder del Juez Nacional y Comunitario como gestores en la delicada función de administrar justicia, garantías retomadas en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Demostrando en tanto hilo conductor de los planteamientos esbozados a lo largo de las presentes líneas, cómo las garantías a la *tutela judicial efectiva* y al *debido proceso* buscan limitar la arbitrariedad de las Instituciones Comunitarias y de los estados miembros.

2. Permanece incólume mi deseo desde la posición de ciudadano iberoamericano, por que se materialice la Carta de derechos de la Unión europea con las matizaciones vistas y desde una teoría constitucional fiel a su mejor tradición jurídica, redescubra el contenido profundo del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, y contribuya así a que se cristalice el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano de los ciudadanos europeos y no europeos, en quienes deben materializarse por parte de los Jueces Nacionales y Comunitarios los principios, derechos y

garantías constitucionales consagrados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y artículos 24 y 25 de la Constitución española, todo naturalmente bajo la formidable construcción dogmática: *Democracia y cooperación reforzada como forma política alternativa*.

3. Soy consciente que para la cristalización del postulado *justicia para todos* se requerirá que las personas asentadas en el territorio de la Unión, acorde con el principio de la universalidad, se apropien de la Carta de derechos y la conviertan en un instrumento vinculante de los distintos poderes públicos y privados que conforman su arquitectura orgánica e institucional, es decir: *Un instrumento vivo de su acción frente al poder judicial y frente al legislador*, cuya finalidad es precisamente promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y estados miembros, garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones en el marco institucional formado por el Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Europeo, la Comisión y su Tribunal de Justicia.

A este propósito sin duda contribuirá de manera definitiva la garantía de la *tutela judicial y el debido proceso*, como instrumentos jurídicos al alcance de todos y como respuesta contundente a la violación de sus derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión. No se puede olvidar que el origen último de todo poder está representado precisamente en los ciudadanos: *El poder constituyente popular*.

4. Es evidente que la expansión del Derecho y de la jurisprudencia comunitaria traducida en el desarrollo creciente de parcelas jurídicas como el Derecho constitucional,

administrativo, financiero, tributario, penal, mercantil, civil, del trabajo, está llevando a la creación del nuevo Derecho común europeo.

A estas alturas propongo y como punto de partida para un estudio profundo del tema, contemplar la idea de concebir y desarrollar una nueva área del conocimiento jurídico, *el Derecho disciplinario*, a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar los *funcionarios* pertenecientes al entramado institucional de la Unión. A este propósito las tradiciones constitucionales de los estados miembros contribuirían enormemente, dados los avances que en materia de función pública poseen. Sin duda, una manera adecuada de dinamizar los derechos a la *tutela judicial* y al *debido proceso* objeto de las anteriores líneas.

5. Pues bien, se trata de propuestas para superar las tensiones permanentes que derivan de la antinomia entre poder político y poder económico; interés comunitario e intereses nacionales; ciudadanos políticamente emancipados y ejercicio oligárquico del poder; democracia comunitaria y mercado sin riendas ni responsabilidad de capital; unidad política y déficit democrático; una Unión política y una Unión económica; método comunitario y forma intergubernamental de decisión; supranacionalidad y simple directorio de estados; Gobierno social o del medio ambiente y Gobierno económico; planteamiento regulador y de desarrollo solidario y planteamiento librecambista; una Europa política y una Europa económica; en últimas, una Europa democráticamente gobernada al

servicio de los derechos de los ciudadanos y una Europa al servicio del mercado. Si se quiere, la tensión entre la justicia como meta-valor y el mercantilismo de los derechos como su antítesis.

En suma:

La Unión europea para su proyección y en momentos difíciles de crisis como los que esta atravesando, ha de mantenerse fiel al dogma de los valores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales, convencionales y universales, producto de su mejor tradición cultural. En efecto, en la materialización de estos postulados radica la importancia de los derechos, lo que resalta su *legitimidad* y en cuyo ámbito la *tutela judicial* y el *debido proceso* como desarrollo concreto y aplicación del valor superior de la justicia en el Derecho Comunitario representan su *efectividad*, hasta llegar a convertir en realidad el postulado ideal de la *justicia para todos* en contrapunto al mercantilismo de los derechos impuesto por las libertades fundamentales del mercado sin ningún tipo de control.

Y para que en el escenario de la Unión la garantía adecuada de los derechos resulte un imperativo “constitucional”, en estos momentos de crisis y más que nunca se requerirá de una verdadera unidad política y de unos ciudadanos políticamente emancipados. Sólo así podrá triunfar la democracia comunitaria sobre el mercado sin riendas ni responsabilidad de capital, es decir, la Justicia como valor sobre el mercantilismo de los derechos, o si se quiere, el interés comunitario sobre el interés particular de los estados miembros. Victoria con la que se materializaría el pensamiento e ideas enunciadas por Monnet:

Estamos aquí para realizar una obra en común, no para negociar ventajas, sino para buscar nuestras ventajas en el beneficio común. Solamente si en nuestros debates prescindimos de todo sentimiento particularista encontraremos una solución. Y, en la medida en que reunidos aquí, acertemos a cambiar nuestros métodos de decisión, haremos cambiar progresivamente el estado de ánimo de todos los europeos. (Jean Monnet. Primera conferencia intergubernamental a la que se incorporaron Italia y los países del Benelux.)

Lista de referencias

Aldecoa Luzarraga, Francisco. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Biblioteca Nueva Real Instituto El Cano. 2ª ed., nov. 2004

Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons. 2001.

Blasi Casagran, Cristina. *La protección de los derechos fundamentales en el tratado de Lisboa*. Editat per l'Institut Universitari d'Estudis Europeus. Universidad Autónoma de Barcelona. Octubre de 2010.

Cruz Villalón, Pedro. *La Constitución inédita*. Madrid. Editorial Trotta, 2003.

Constitución española. *Doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tercera Edición. Colex.

Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Luigi Ferrajoli: *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Editorial Trotta. 2003.

Díez-Picazo, Luis María. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid. Civitas. 2002.

De cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta. S.A. 2001.

Forero salcedo, José Rory. *Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. La influencia del Derecho comparado*. Universidad Libre de Colombia. Primera Edición. 2011-2.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, S. A.

Jiménez Asensio, Rafael. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Segunda edición revisada y ampliada. Marcial Pons. 2003.

López Pina, Antonio. *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*. Editorial Dykinsón. 2004.

López Pina, Antonio y Gutiérrez g., Ignacio. *Elementos de Derecho Público*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2002.

Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel; González Rivas, Juan José; Huelín y Martínez de Velasco, Joaquín y Gil Ibáñez, José Luis.: *Constitución Española*. Ed. Colex, 3ª Edición. Madrid, 1997.

Prieto Sanchís, Luis: *Ley, Principios, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson, 1998.

Peralta Martínez, Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. 1994.

Rodríguez, Ángel. *Integración Europea y Derechos Fundamentales*. Madrid. Civitas. 2001.

Rubio Llorente, Francisco: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Ed. Ariel, S.A., 1ª Edición. Barcelona, septiembre 1995.