

# RATING LEGIS

## **Derechos de la defensa en el Derecho de la Unión Europea**

Congrès de la Fédération des barreaux d'Europe

Luxemburgo, 14 de octubre de 2016

*Stefan Rating (Barcelona)*

Quisiera agradecer a la Fédération des barreaux d'Europe, a su presidente, D. Yves Oschinsky, y al director del programa científico de esta jornada, D. Thierry Bontinck, haberme invitado a este congreso; al Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y a su Jefe del Departamento de Protocolo e Internacional, D<sup>a</sup> Marta Cuadrada, haberme traído; y al Tribunal de Justicia, y muy particularmente al nuevo Juez del Tribunal General, doctor Paul Nihoul, quien preside esta sesión, su generosa hospitalidad durante esta jornada.

Cuando se me propuso hablarles de este extensísimo tema durante 30 breves minutos me acordé de aquel dicho español según el cual no se pueden poner puertas al campo.

Para resolver esa dificultad, llamé a Thierry y le pregunté en qué debería centrar esta exposición. Él me contestó, muy amable, que sugería hablar de la Carta de los Derechos Fundamentales; sobre todo de las Directivas de Derecho Penal; y, si se terciaba, del Derecho de la Competencia.

Pero es que resulta que yo me dedico, precisamente, al Derecho de la Competencia. Así que me acordé de la historia de aquel estudiante de Biología que dedicó su tiempo a disfrutar de la vida hasta que tuvo encima el examen de final de carrera. Entre todos los temas de fauna, flora o bioquímica ya sólo le dio tiempo de estudiar uno – y eligió la lombriz. El día del examen el tribunal le preguntó por... el elefante. “Pues miren Vds.”, dijo el estudiante, “el elefante es un animal muy grande, que tiene una cabeza muy grande, con dos orejas muy grandes y una trompa muy grande. La forma de la trompa recuerda a una lombriz - y las lombrices se dividen en las siguientes categorías:...”

Comprenderán Vds. el ímprobo esfuerzo que requiere no pasar directamente al Derecho de la Competencia. Pero intentaré ilustrar con él las grandes diferencias que puede haber en la interpretación de los derechos de la defensa según quién sea su titular, la persona amparada por ellos.

Como Vds. saben, la [Carta de los Derechos Fundamentales de la UE](#) se remonta al Tratado de Lisboa, de 2009, y ha conllevado un muy considerable despliegue de medios materiales y personales en las instituciones de la Unión. La Comisión presenta informes anuales sobre la aplicación de la Carta. El Consejo adoptó, el [25 de junio de 2012](#), un Marco Estratégico para los Derechos Humanos y un Plan de Acción para Derechos Humanos y Democracia (2012-2014), cuyo [Plan sucesor](#) (2015-2019) adoptó el 28 de abril del pasado año. Hasta existe un Representante Especial de la UE para Derechos Humanos, el señor [Stavros Lambrinidis](#).

# RATING LEGIS

Pero cuando leemos los documentos que emanan de tan enorme labor de desarrollo de la Carta, constatamos que en su gran mayoría no mencionan los derechos de la defensa. El [informe de la Comisión para el año 2015](#), adoptado el 19 de mayo de este año [COM(2016) 265 final], sólo se refiere a la presunción de inocencia y a derechos de la defensa (artículos 47 y 48 de la Carta) cuando menciona la Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia, de la que hablaremos dentro de un momento. Parece claro, pues, que el peso del cumplimiento de la Carta recae en otra institución: precisamente la que tan generosamente nos acoge esta mañana.

Antes de ocuparnos con más cariño de qué ha hecho esta institución para cumplir tan importante papel, recordemos brevemente qué estipula la Carta en materia de derechos procedimentales: dedica un capítulo, el VI, a la Justicia. Este capítulo incluye cuatro artículos, los que van del 47 al 50, dedicados, respectivamente, (i) al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial; (ii) a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa; (iii) a principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas; y (iv) al derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

Ya hemos dicho que la Carta en sí misma no parece haber impulsado una labor específica en favor de los derechos de la defensa. Sin embargo, el TFUE, creando cuatro nuevas competencias de la Unión en materia penal, sí ha permitido el desarrollo vertiginoso de este ámbito del Derecho. Esas competencias son:

- establecer reglas de mínimos para “eurocrímenes” (artículo 83.1 TFUE);
- adoptar legislación para fomentar políticas de la Unión (artículo 83.2 TFUE);
- establecer sanciones penales por abusos de mercado (artículo 83.3 TFUE); y
- proteger los fondos de la Unión (artículos 310.6, 325, 85 y 86 TFUE).

Además, el TJUE ha reconocido competencias anejas de la Unión, fruto de una sentencia en materia ambiental, la de 13 de septiembre de 2005 en el [Asunto C-176/03, Comisión c/Consejo](#).

No vamos a detenernos mucho en las primeras etapas de dicho desarrollo en materia de derechos de la defensa, la adopción del [Programa de Estocolmo](#) (que aspira a “una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”) y de las [conclusiones del Consejo de 30 de noviembre de 2009](#). Se esbozaron entonces los cinco objetivos a los que poco a poco nos va acercando la labor legislativa, a saber, asegurar el derecho:

- a interpretación y traducción;

# RATING LEGIS

- a ser informado de sus derechos;
- a asistencia letrada y a justicia gratuita;
- de un detenido a comunicarse con familiares, empleador y autoridades consulares; y
- de sospechosos vulnerables a ser protegidos.

Resulta innegable que hay grandes diferencias entre procedimientos penales y otros procedimientos que afecten los derechos de una persona física o jurídica. Eso resulta particularmente obvio en lo que personalmente considero como la cuestión principal: si me permiten una perogrullada, diré que lo primerísimo que requieren los derechos de la defensa es que tengamos la oportunidad de “**estar ahí**” para ejercerlos.

Esta cuestión tiene dos vertientes:

- la primera, poder ser parte activa de un procedimiento, tanto administrativo como judicial, cuando afecte mis derechos. Dicho de otro modo, la legitimación y el derecho de audiencia.
- La segunda, tener acceso a los documentos de que dispone la administración, con la obvia salvedad de los secretos comerciales y de la protección del *space to think* de la administración; la llamada “igualdad de armas”.

3

Ambas vertientes plantean ciertos interrogantes.

- 1) En cuanto a la **legitimación**, es obvio que el reo en un procedimiento penal la tiene: podrá defenderse, le guste “estar ahí” o no.

Resulta menos obvia la legitimación activa de una empresa afectada por un acto, sobre todo cuando dicho acto es un acto reglamentario, porque la legitimación activa dependerá de que dicho acto incluya o no medidas de ejecución. Esta cuestión se dilucidó en las sentencias del TJUE en los Asuntos [C-274/12, Telefónica](#), de 19 de diciembre de 2013; y [C-456/13, T & L Sugars](#), de 28 de abril de 2015: cuando un acto reglamentario de la UE requiera actos de ejecución, generalmente a nivel nacional, no podremos recurrirlo por mucho que nos afecte individual y directamente.

Esta cuestión, la de cómo asegurar que puedan ejercerse no ya los derechos de la defensa, sino la propia defensa, se plantea desde otro ángulo en uno de los ámbitos más candentes del Derecho de la UE: el de protección de la privacidad.

# RATING LEGIS

El **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)** o “RGPD” crea un nuevo organismo, el Comité europeo de protección de datos (artículos 68 y ss.), que reúne las autoridades de control de los Estados miembros.

Este Comité dirigirá decisiones vinculantes a las autoridades nacionales que, en un caso transfronterizo concreto, no consigan ponerse de acuerdo sobre cómo interpretar el RPPD. Acto seguido, dichas autoridades nacionales adoptarán decisiones basadas en la interpretación del Comité, previo envío a éste de un borrador de decisión.

La pregunta, desde la óptica de los derechos de la defensa, es si resulta imperativo permitir que las partes del procedimiento ante la autoridad nacional puedan formular alegaciones ante el Comité o si basta permitirles que las formulen ante la autoridad nacional. Pregunta que está debatiéndose aún en estos momentos.

- 2) En cuanto a la **igualdad de armas**, está reconocido a nivel europeo el derecho de tomar vista de todo cuanto obre en el expediente, judicial o administrativo, que se define como el conjunto de documentos relativos al caso de que disponga la administración. Sin embargo, a nivel nacional esa definición puede variar.

En España, por ejemplo, la jurisprudencia considera que el “expediente administrativo” es el conjunto de documentos que la autoridad archiva bajo un mismo número de expediente. Así, cuando una autoridad de defensa de la competencia considera que algunos folios de un determinado expediente permiten incoar otro por una infracción distinta, constituye un expediente nuevo con dichos folios y deniega el acceso a todos los demás, negativa avalada por los tribunales. El problema de indefensión es obvio.

Otro problema en esta línea son los **procedimientos de infracción** de la Comisión contra Estados Miembros. La Comisión deniega el acceso al expediente no sólo durante el procedimiento administrativo sino también después de adoptar su resolución, al menos hasta que ésta sea firme. Eso plantea la extraña situación de empresas beneficiarias de supuestas ayudas públicas, que pueden recurrir la resolución de la Comisión ordenando la devolución de dichas ayudas, pero no pueden tomar vista del expediente en base al cual la Comisión ha concluido que dichas ayudas son incompatibles con el TFUE.

# RATING LEGIS

La igualdad de armas incide en la **primera de las Directivas adoptadas en materia penal**, afirmación que puede sorprender a quien lea su título: [Directiva del Parlamento y del Consejo fue la 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y traducción en procedimientos penales](#). La regla básica que enuncia es muy sencilla: el Estado miembro debe garantizar y pagar la interpretación y traducción, desde la incoación hasta la firmeza de la resolución final, excepto cuando se trate de decisiones sancionadoras masificadas recurribles (por ejemplo, multas de tráfico).

Seguramente nadie en esta sala cuestionará que se trate de un derecho de la defensa fundamental, pero eso no ha de impedirnos hablar de cómo se plasmó en la Directiva. Entre las preguntas clave que ésta plantea destacaría dos:

- 1) La primera, qué sea un **“procedimiento penal”**, pregunta que fue objeto de una de las primeras sentencias del TJUE en aplicación de esta Directiva, la del pasado día 9 de junio en el [Asunto T-25/15, Balogh](#). La respuesta es que no es “penal” un procedimiento especial en un Estado miembro cuyo objeto es reconocer una resolución judicial definitiva dictada por un tribunal de otro Estado miembro.
- 2) La segunda, **qué documentos deben traducirse**. Según el artículo 3.1 de la Directiva, se trata de *“todos los documentos que sean esenciales”*, y según el artículo 3.3 compete a las autoridades decidir si lo son, aunque el reo puede presentar solicitudes motivadas.

Si bien podemos comprender que el legislador tratara de hallar un equilibrio entre derechos de la defensa y agilidad procesal, lo cierto es que esta cuestión es peliaguda, como lo muestra el hecho de haber constituido el objeto de la primera sentencia dictada sobre esta Directiva, la de 15 de octubre de 2015 en el [Asunto C-216/14, Covaci](#).

En ese caso, el TJUE concluyó que la Directiva exige a los Estados miembros permitir que las partes de un procedimiento penal sean informadas, plenamente y en su idioma, de los hechos que se les imputan y presenten su propia versión de los hechos. En cambio **no** exige que aseguren sistemáticamente la traducción de todo recurso interpuesto por dichas personas contra una resolución judicial de la que sean destinatarias.

Si bien en este caso concreto, sorprendentemente, el propio Estado miembro abogó por una lectura más amplia de la Directiva, es más que probable que en la práctica el problema será que las autoridades, por ejemplo la policía, declaren no-esenciales (y, por consiguiente, denieguen la traducción) de documentos que sí requiera el sujeto del procedimiento para poder defenderse. Pues bien, como todos los derechos de la defensa, el desarrollo efectivo de éste también requerirá una actitud decidida de nosotros, los abogados.

# RATING LEGIS

En el apartado lombrices, el Derecho de la Competencia de la UE sí establece que la Comisión no puede seleccionar documentos a su gusto – las partes de un procedimiento sancionador deben poder tomar vista de **documentos de cargo y de descargo**.

A nivel nacional, ya hemos dicho que es práctica constante de la autoridad española de la competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), constituir un expediente nuevo a partir de algunas piezas de otro ya incoado, y no permitir tomar vista de éste.

Así que también en relación con este punto aparentemente claro debemos pedir “más Europa” y, por consiguiente, “más jurisprudencia de los Tribunales de la UE”... cuyos artífices hemos de ser los abogados.

La segunda Directiva fue la [2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información](#), que establece normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas.

Nuevamente me dirán que eso es obvio, tanto o más que el derecho de acceso a los materiales del expediente, del que acabamos de hablar y que también enuncia el artículo 4.2.a) de esta otra Directiva.

Diría que también lo es en procedimientos de aplicación del Derecho de la Competencia, al menos a nivel europeo, muy particularmente en lo que se refiere a la determinación de la posible sanción por la infracción. Por ejemplo, en el Asunto [C-511/06 P, Archer Daniels Midland](#), el TJUE redujo la multa en más de una cuarta parte porque el pliego de cargos (o sea, el escrito de “acusación”) de la Comisión no había especificado que consideraba a esa empresa como líder del cártel sancionado.

A nivel nacional, y pienso nuevamente el caso español, es generalmente imposible, a la lectura de una Propuesta de Resolución de la autoridad de defensa de la competencia (es decir, el documento resumiendo las actuaciones de investigación y las conclusiones que permiten), entender en base a qué parámetros ésta calculará la sanción.

Pero es que ese derecho a la información también abarca el elemento más mediático del Derecho de la Competencia, multas aparte, que son las **inspecciones domiciliarias**. Las mal llamadas *dawn raids* permiten a las autoridades revisar documentos y ficheros en cualquier soporte, a condición de especificar claramente qué infracción sospechan, con algún fundamento, que se haya cometido. Sólo podrán buscar pruebas relativas a esa única infracción – no se permiten las llamadas *fishing expeditions*.

# RATING LEGIS

Pues bien, la jurisprudencia europea permite que la Comisión aproveche **hallazgos fortuitos** (sentencia del TJUE de 18 de junio de 2015 en el Asunto [C-583/13 P. Deutsche Bahn](#)). Eso está muy bien cuando se ha definido el ámbito de la inspección y se acredita que el hallazgo realmente fue fortuito, lo cual el TJUE, por cierto, negó en el caso concreto de Deutsche Bahn.

Nuevamente hay un problema cuando, como sucede en España, la jurisprudencia permite a la autoridad copiar discos duros enteros en lugar de obligarla a realizar búsquedas con palabras clave relacionadas con la infracción sospechada. Aceptar luego la validez de una prueba de **otra** infracción, hallada revisando de punta a cabo ese disco duro, como hizo el Tribunal Supremo español en el [caso Montesa](#), plantea la pregunta de qué sea realmente, semántica y jurídicamente, un “hallazgo fortuito”.

La tercera Directiva adoptada hasta la fecha es la [2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad](#).

Según su artículo 3, los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de la defensa en la práctica, de manera efectiva y sin demora injustificada.

Esto, que Vds. conocen de los telefilmes americanos, también presenta ciertas particularidades en el ámbito del Derecho de la Competencia en cuanto a la comunicación con dicho letrado, como acaba de exponer brillantemente Thierry y probablemente también debatamos esta tarde.

Para acabar, hay dos propuestas de Directiva, ambas de 27 de noviembre de 2013, sobre cuya adopción que el Parlamento y el Consejo se pusieron de acuerdo a finales del año pasado.

Por un lado, la [Propuesta de Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales](#) [COM(2013) 821 final]. Por el otro, la [Propuesta de Directiva relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales](#) [COM(2013) 822 final].

La primera de estas Directivas el derecho a no ser presentado como culpable por las autoridades públicas antes de la sentencia firme, la atribución de la carga de la prueba a la acusación y el beneficio de toda duda razonable al acusado, el derecho a

# RATING LEGIS

la no autoinculpación, el derecho a la no cooperación y el derecho a guardar silencio. Además, la como su nombre indica, el derecho a estar presente en el propio juicio, aspecto éste del que ya hemos hablado antes.

Pero centrémonos en el derecho a no autoincriminarse, que parece meridianamente claro. Sin embargo, las autoridades de defensa de la competencia pueden hacer **requerimientos de información** a las empresas. La jurisprudencia avala que una autoridad pueda exigir a una empresa:

- información sobre **hechos** que conozca la empresa; y
- **documentos** preexistentes que sean relevantes.

La pregunta es si estos requerimientos son compatibles con la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales.

Y llegados hasta este punto, constato que he pasado media hora quejándome de las autoridades de la competencia. Lo cual me lleva a la última pregunta, debatida con fervor desde hace muchos años: ¿debería poder multar una autoridad?

El artículo 47 de la Carta, que corresponde al artículo 6.1 de la CEDH, enuncia el derecho a un juicio justo, lo cual incluye la separación de las funciones de investigador, acusador y juez. La jurisprudencia del TEDH sólo admite la excepción de infracciones menores que sean plenamente recurribles (por ejemplo, en la célebre STEDH de 27 de septiembre de 2011, [Asunto Menarini](#)). Resulta dudoso que las infracciones del Derecho de la Competencia, con multas millonarias, puedan calificarse de “menores.”

Pero lo dejaré ahí... echándole un cabo a la Comisión diciendo, con permiso de D<sup>a</sup> Teresa May, que nuestra prioridad en lo que a derechos de la defensa se refiere debe ser “más Europa” a nivel nacional.

Y, desde luego, que los abogados tenemos que decidirnos a asumir un papel protagonista en ese afán.

**¡Muchas gracias!**