

La propuesta de un Defensor del Pueblo Europeo en materia penal (ECLO)

MARTA M. MORALES ROMERO

*Investigadora del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha*

ÍNDICE: I. Introducción.–II. Sobre la necesidad de crear un Defensor del Pueblo Europeo en materia penal.–III. Sobre el fundamento jurídico de su creación.–IV. La propuesta de composición de ECLO.–V. Funciones que desempeñaría ECLO.–VI. Alternativas a ECLO.–VII. El futuro de ECLO.–VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

«El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se basa en el sistema de reconocimiento mutuo, sistema que a su vez descansa en el principio de confianza mutua. El Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) considera que debe existir un mecanismo de confianza para garantizar los derechos de los procesados y, para que dicho sistema funcione correctamente, debe estar dotado de independencia. La CCBE propone por ello la creación de un mediador europeo e independiente que actuará, en calidad de Presidente, asistido por un Colegio de abogados independientes y en ejercicio, cada uno procedente de un Estado miembro. Presidirá las reuniones del Colegio que tendrán lugar con una periodicidad de al menos cuatro veces al año. Será nombrado por la Comisión con la aprobación del Parlamento Europeo y su mandato durará varios años (...). Dispondrá de un pequeño número de colaboradores y de una oficina en Bruselas y deberá tener el poder de recabar toda la información concerniente a los asuntos de abogados o clientes que sean de su competencia y lleguen a su conocimiento.»

Las líneas con las que se empieza componen el párrafo número 5 de la Propuesta del Consejo de la Abogacía Europea (en adelante CCBE¹) en la que bajo la deno-

¹ Conseil des barreaux européens / Council of Bars and Law Societies of Europe. Creado en 1960, el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), es la organización representativa y oficialmente reconocida en la Unión Europea (UE) y el Espacio Económico Europeo (EEE), de la profesión de abogado.

minación de *Defensor del Pueblo Europeo en materia de Derecho penal* (ECLO) se pretende restablecer el principio de igualdad de armas en los procesos penales de naturaleza transfronteriza que tienen lugar en el seno de la Unión Europea² y que ha sido objeto de estudio en el Seminario sobre *The European Criminal Law Ombudsman* celebrado en Trier (Alemania) el día 7 de abril de 2006³.

Al igual que se creó en su momento, primero, Europol para fortalecer la cooperación policial entre los Estados miembros⁴ y, en segundo lugar, Eurojust bajo el lema de mejorar la cooperación judicial⁵, el *Defensor del Pueblo Europeo en materia penal* nace con un objetivo similar al de los anteriores: coordinar, facilitar, mejorar la cooperación. Si bien, lo que se coordina, se mejora o se facilita no es ni la cooperación judicial –se entiende entre autoridades judiciales–, ni la policial, sino la cooperación entre abogados defensores de sujetos inmersos en procesos de naturaleza transnacional, garantizando así sus derechos de defensa básicos.

Mucho se ha discutido acerca de esta posible nueva figura. En primer lugar, y precisamente acerca de su naturaleza jurídica en el sentido de si debe ser *strictu sensu* una institución y por tanto debe hablarse de cooperación vertical o si por el contrario sería más conveniente dar un enfoque horizontal a su creación y desarrollo, estableciendo una especie de Red Europea de Abogados defensores a imagen y semejanza de la *Red Judicial Europea*⁶. Sus funciones tampoco están nada claras: no existe consenso en relación a si debe disponer de funciones de recopilación y control de información, elaboración de informes, etc., actuando más bien como autoridad moral o si por el contrario debe tratarse de una institución fuerte pudiendo incluso intervenir –adoptando decisiones vinculantes– en el proceso interno que se esté llevando a cabo bajo la jurisdicción de un Estado miembro.

El CCBE está constituido como asociación internacional sin ánimo de lucro de derecho belga y es el organismo de enlace entre los Consejos de los colegios de abogados de los Estados miembros de la Unión Europea. Representa al conjunto de estos Consejos ante las Instituciones Europeas y a través de éstos a unos 700.000 abogados. Tiene además estatuto consultivo en el Consejo de Europa.

Entre sus objetivos destacan los siguientes:

a) la representación de los Consejos de los Colegios de Abogados, tanto de los miembros efectivos como de los observadores, en todos los asuntos de interés común relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado, el respeto del Estado de Derecho y la buena administración de justicia y con las evoluciones importantes en el Derecho, tanto en el ámbito europeo como internacional.

b) la función de órgano consultivo e intermediario entre sus miembros, efectivos y observadores, así como entre sus miembros y las instituciones de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, en todos los asuntos fronterizos de interés común anteriormente mencionados.

c) El respeto del Estado de Derecho, de los Derechos Humanos y la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, incluidos el derecho al acceso a la justicia y la protección del cliente, así como la protección de los valores democráticos íntimamente ligados al ejercicio de estos derechos.

Para más información puede consultarse <http://www.ccbe.org/>

² Propuesta del CCBE para el establecimiento un *Defensor del Pueblo Europeo* en materia de Derecho penal de diciembre de 2004. Puede consultarse el texto íntegro en inglés o francés en http://www.ccbe.org/es/comites/criminal_es.htm#positions

³ Para consultar el programa del Seminario vide: http://www.era.int/web/en/html/nodes/main/4_2127_474/Archives/conferences/2006/5_1796_2094.htm

⁴ Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol). DO C 316 de 27 de noviembre de 1995.

⁵ Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia. DO L 63 de 6 de marzo de 2002.

⁶ Acción Común de 29 de junio de 1998 sobre la creación de la Red Judicial Europea. DO L 191 de 7 de julio de 1998.

II. SOBRE LA NECESIDAD DE CREAR UN DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO EN MATERIA PENAL

Las razones que han llevado a las asociaciones europeas de abogados, en particular a la CCBE⁷, a preocuparse por esta cuestión giran en torno a los problemas que se presentan en la fase prejudicial del procedimiento así como en las dificultades de índole práctica típicas de cualquier proceso transnacional: la existencia de dos o más sistemas jurídicos distintos entre sí; la incomodidad de trabajar en varios idiomas cuando su conocimiento es escaso o nulo; las barreras, a veces infranqueables, para iniciar y mantener contactos entre autoridades judiciales, policiales y abogados de la acusación y de la defensa procedentes de distintos países, etc.

Estas dificultades y problemas no se resuelven (ni tampoco pueden ser resueltos por razones obvias) mediante la instauración de mecanismos internos. En primer lugar, porque las autoridades nacionales no se preocupan por este tipo de casos, es decir, no tienen entre sus prioridades, remover los obstáculos que se presentan cuando un abogado tiene que hacer frente a un proceso transfronterizo⁸. Pero es más, aunque fuese una de sus prioridades mejorar las condiciones de defensa en estos supuestos, la realidad es que sus recursos son limitados y sus posibilidades de éxito también, ya que sus triunfos –si es que los hubiera– siempre serían sectoriales. Y es que cuando se produce una violación de los derechos de defensa en el seno de un procedimiento transfronterizo no existe ninguna autoridad supranacional, previa al TEDH⁹, capaz de tratar este tipo de problemas y por ello, la CCBE recomienda la instauración de un *Euro-abogado* capaz de organizar una «doble defensa» en los dos o más países implicados asegurando así que se respetan los derechos de defensa del acusado¹⁰.

III. SOBRE EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE SU CREACIÓN

La base legal la encuentra la CCBE tanto en el Derecho originario (art. 29 TUE) como en el derivado (propuesta de Decisión marco del Consejo sobre determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea)¹¹.

⁷ Existe otra asociación europea que se ha pronunciado en sentido positivo acerca de la instauración del Defensor Europeo en materia penal, me refiero a la European Criminal Bar Association. Respecto a sus objetivos como asociación véase su portal web en <http://www.ecba.org/cms/>

⁸ Las autoridades internas se preocupan por la formación de sus jueces, fiscales, policías, etc., pero no llegan a establecer mecanismos específicos para los abogados.

⁹ Los partidarios de ECLO sostienen que la vía de recurso al TEDH es demasiado tardía y por ello es conveniente crear una institución previa que desde el inicio del procedimiento en un Estado miembro tenga acceso a toda la información concerniente a los derechos de defensa básicos del imputado.

¹⁰ Párrafo 4 e) de la propuesta de la CCBE.

¹¹ Curiosa es la referencia que utiliza Garlick –miembro de la ECBA– para fundamentar la creación de ECLO. Acude al punto número 42 de la exposición de motivos de la propuesta de la Decisión marco relativa al exhorto

Respecto al Derecho originario opinan los partidarios de ECLO que su instauración se nutre de los postulados del artículo 29 TUE¹², lo que es discutido porque si bien en este precepto se menciona la seguridad de los ciudadanos, la forma de llegar a su consecución no es precisamente mediante la creación de un órgano semejante al analizado, sino que se está pensando en una cooperación entre autoridades policiales y judiciales, y los abogados no encajan en la definición ni de uno ni de otro¹³. La única interpretación que cabe para considerar el artículo 29 como base legal de ECLO es la extensiva, interpretación no incorrecta porque es cierto que una de las mejores formas de mejorar la seguridad de los ciudadanos es garantizando que se cumplen sus derechos cuando se ven sometidos al *ius puniendi* de un Estado miembro.

Mayores objeciones presenta la segunda base legal referida al mecanismo de control que se establece en el artículo 15 de la propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en el seno de la Unión Europea¹⁴:

«1. Los Estados miembros facilitarán la recopilación de información necesaria para evaluar y controlar esta Decisión marco.

2. La evaluación y control se llevarán a cabo bajo la supervisión de la Comisión Europea que coordinará los informes sobre el ejercicio de evaluación y control. Tales informes podrán publicarse.»

El *Defensor del Pueblo Europeo en materia penal* podría llevar a cabo esta función¹⁵ y ello por varias razones. La principal porque el Parlamento europeo

europeo de obtención de pruebas: «En el diverso campo de la cooperación judicial, en especial cuando estén previstas medidas coercitivas, la Comisión considera que la construcción de la confianza mutua debe ser fomentada por una acción específica en el ámbito de la Unión para lograr un nivel mínimo común de salvaguardias». En su opinión, no existe una forma mejor de obtener ese nivel mínimo común de salvaguardias que la creación de un *Defensor del Pueblo Europeo en materia penal*. Conferencia dada en el *Seminar on the Establishment of a European Criminal Law Ombudsman*, organizado por la Academy of European Law (ERA), CCBF y ECBA en Trier el 7 de abril de 2006.

¹² Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de:

– una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.

– una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de cooperación judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 31.

– La aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31.

¹³ Se discutió en el Seminario antes mencionado (*vide supra* nota número 9) si ECLO podía tener cabida dentro del artículo 29 *in fine*, es decir, en relación a la armonización. Si bien, tal y como destacaron algunos de sus ponentes, como J. MITCHELL (tesorero de ECBA), el problema ante el cual se enfrentan los abogados defensores en litigios transfronterizos no es la armonización de las garantías procesales. Hoy por hoy todos los Estados miembros reconocen los derechos de defensa del acusado al estar vinculados por el artículo 6 CEDH. El problema es la aplicación de dichas garantías o salvaguardias como también lo constatan las reiteradas condenas por parte del TEDH a algunos Estados miembros.

¹⁴ [COM (2004) 328 final – no publicada en el Diario Oficial]. {SEC (2004) 491}.

¹⁵ Párrafo número 82 de la exposición de motivos: «Es esencial que esta Decisión marco se evalúe y controlo plenamente. Además de informar sobre la correcta aplicación de sus disposiciones en la legislación nacional, la

sugirió¹⁶ «la creación de una red de expertos en materia de derechos humanos y de juristas de todos los Estados miembros para asegurar un grado elevado de experiencia, encargada de presentar al PE una evaluación de la aplicación de cada uno de los derechos enunciados especialmente por la Carta, teniendo en cuenta la evolución de las legislaciones nacionales, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia pertinente de los Tribunales constitucionales y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros».

Ahora bien, dicha Red de expertos ya ha sido creada en materia de derechos fundamentales y por tanto ECLO quedaría fuera de juego:

(...) Se ha creado una Red de expertos independientes en derechos fundamentales (en lo sucesivo, «la Red») que presentó su primer informe el 31 de marzo 2003. Sus tareas incluyen elaborar un informe anual sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. A este respecto, está examinando el cumplimiento de los artículos 47 y 48 de la CDFUE [38]. El artículo 47 CDFUE establece: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. 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». El artículo 48 CDFUE establece «[...] Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa».

Pero es más, aunque dicha red todavía no se hubiese constituido y sus funciones pudiesen ser asumidas por ECLO, es evidente que su labor queda muy por debajo de la propuesta presentada por la CCBE. Tiene poco o nada que ver con un *Defensor del Pueblo* con plenas potestades para intervenir y adoptar decisiones vinculantes en un proceso penal llevado a cabo en un Estado miembro y por tanto, su papel quedaría circunscrito al de un mero observador que recopilaría información y elaboraría informes acerca del estado de la cuestión. Se trataría pues de un *Defensor del Pueblo Europeo* configurado como autoridad moral y social¹⁷. Inicio desde luego menos ambicioso pero bastante más realista y factible.

Comisión propone que regularmente se lleve a cabo un control. Esto es particularmente importante en el caso de la legislación que confiere derechos, ya que estos derechos carecen de sentido si no se cumplen. Solamente el control regular mostrará el pleno cumplimiento. Además, para que la Decisión marco logre su objetivo declarado de aumentar la confianza mutua, debe disponerse de estadísticas e informes públicos y contrastables que muestren que los derechos se cumplen, de modo que los observadores en otros Estados miembros (no sólo en el Gobierno, sino también los abogados, los académicos y las ONG) puedan confiar en que todos los sistemas nacionales respetan el derecho a un juez imparcial. La evaluación y el control deben llevarse a cabo bajo la supervisión de la Comisión. Puede emplearse a un equipo independiente para llevar a cabo la investigación y el análisis necesarios».

¹⁶ Resolución sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de 5 de julio de 2001.

¹⁷ JAHAE, Han: «*The European Criminal Law Ombudsman: An institution for defence lawyers when defence rights are violated?*». Conferencia impartida en el Seminar on the Establishment of a European Criminal Law Ombudsman, organizado por la Academy of European Law (ERA), CCBE y ECBA en Trier el 7 de abril de 2006: «The ECLO must be a person of high moral and social authority. His findings might have a bigger impact on public opinion and therefore politicians than NGO's. We could probably live with an Ombudsman in that capacity. I realise however that an Ombudsman like this is a different one then the one envisaged in the CCBE proposal».

Se conforma también con ECLO como autoridad moral y social un representante de la CCBE, el profesor Franz Salditt, que apuesta con un comienzo débil de esta autoridad para posteriormente configurarse como una institución

IV. LA PROPUESTA DE COMPOSICIÓN DE ECLO

La propuesta presentada por la CCBE entiende que la persona más indicada para desempeñar el puesto de *Defensor del Pueblo Europeo en materia de derecho penal* es, sin duda alguna, un abogado/a de reconocida experiencia y prestigio. La candidatura sería propuesta por la CCBE y necesitaría irremediablemente el respaldo del Parlamento Europeo. Su mandato sería limitado en el tiempo para así asegurar la presencia en el cargo de abogados pertenecientes a distintas tradiciones jurídicas y países.

Lo anterior merece dos comentarios, uno de ellos de índole crítica. El hecho de que los candidatos sean presentados sólo y exclusivamente por la CCBE dejando al margen otras asociaciones con presencia en el territorio europeo, como puede ser la ECBA¹⁸, priva a la futura institución de la representatividad necesaria que debería predominar en ella. Es positiva, en cambio, la intervención del Parlamento Europeo en su nombramiento, intervención que fortalece el papel de esta institución.

Por otro lado, y a imagen y semejanza de Eurojust, estaría asistido por un colegio compuesto por un abogado procedente de cada Estado miembro. De esta forma se garantiza una mejor comprensión y conocimiento de los problemas que aparezcan en el desarrollo de un proceso que envuelve a más de un Estado.

V. FUNCIONES QUE DESEMPEÑARÍA ECLO

Como ha quedado reseñado en el epígrafe anterior las tareas a desarrollar por ECLO dependerían sustancialmente de su configuración. Así, si hablamos de una autoridad moral y social sus funciones quedarán limitadas a la mera recopilación de datos y a la elaboración de informes acerca del cumplimiento de los derechos de defensa en cada uno de los Estados miembros¹⁹, mientras que si por el contrario se instaura con plenas facultades, tendrá la potestad de adoptar decisiones vinculantes y obligatorias para los Estados miembros en el seno de un procedimiento penal, algo en la actualidad difícil de creer. En esta última dirección, la propuesta de la CCBE apuesta como funciones de ECLO por las siguientes (punto número 6):

1. Analizar los problemas y quejas ligadas a la orden de detención y entrega europea²⁰, al exhorto europeo de obtención de pruebas o legislación similar que vaya surgiendo.

fuerte con plenos poderes legales: «The somewhat vague and informal beginning could possibly lead to a formal concept in the future. But at present it is too early to develop visions beyond what we propose here. For a start we have to find a pragmatic solution putting emphasis on moral authority and not on legal powers. Moral authority can, if all goes well, eventually become the origin of legal powers» (Conferencia impartida en el *Seminar on the Establishment of a European Criminal Law Ombudsman*, organizado por la Academy of European Law (ERA), CCBE y ECBA en Trier el 7 de abril de 2006).

¹⁸ Extraña que en el Seminario que tuvo lugar en Trier ningún miembro de la ECBA dijera algo al respecto. Aunque claro, antes de llegar a la elección de ECLO hay un largo camino por recorrer en relación a su configuración y por eso quizás el paso final, que sería llegar a su elección, prefiere dejarse para un segundo debate que tendrá lugar posteriormente cuando ya estén suficientemente claras sus funciones y su naturaleza jurídica.

¹⁹ Opción propuesta por Jahae, Han: «*The European Criminal Law Ombudsman...*», *op., cit.*

²⁰ En el tradicional sistema de extradición, la información estaba centralizada en los Ministerios de Justicia. En cambio, con la *euroorden* todo el sistema está disperso porque los órganos judiciales encargados de su ejecución

2. Reaccionar rápidamente a los problemas que se originen al inicio del procedimiento encontrando la solución más conveniente;
3. Contactar con la Comisión y las autoridades nacionales para obtener información o asistencia, así como con el poder judicial de cada Estado miembro.
4. Contactar con los órganos concernientes en el Parlamento Europeo e informar a la sociedad de la situación actual.
5. Coordinar las acciones y proporcionar asistencia con la finalidad de constituir un equipo de abogados defensores en el Estado de emisión y de ejecución para así garantizar una defensa efectiva en el territorio de los países implicados.
6. Contribuir a la búsqueda de asistencia judicial o de un abogado o incluso de financiación cuando sea necesario.

son tribunales territorialmente distintos. La dispersión impide o dificulta considerablemente la verificación del cumplimiento y respeto de las garantías individuales por parte del Estado miembro de emisión debido a que en primer lugar, ya no se cuenta con un servicio diplomático y en segundo lugar, se necesita tiempo para que los nuevos órganos judiciales con nuevas competencias estén a la altura del cargo, preparados y formados para ejercer sus nuevas funciones (Blekxtoon, Rob: «*Some preliminary reflexions on the European Ombudsman*». Conferencia impartida en el Seminar on the Establishment of a European Criminal Law Ombudsman, organizado por la Academy of European Law (ERA), CCBE y ECBA en Trier el 7 de abril de 2006).

Curiosamente, tres Estados miembros, Reino Unido, España y Países Bajos, decidieron centralizar el sistema de la orden de detención y entrega europea, centralización que en España ha sido bien acogida por algunos pero también criticada por otros como Tomás Ortiz de la Torre, para quien «no se justifica que los delitos cometidos en el extranjero queden sujetos al corsé de la Audiencia Nacional, cuya razón de existencia no es otra, a nuestro juicio, que la necesidad de centralizar, por razones obvias, el enjuiciamiento fundamentalmente de los delitos de terrorismo que vienen hiriendo terriblemente a España desde hace más de treinta años» (en «*Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿Tienen competencia los Tribunales españoles?*», en *Actualidad Penal*, número 30, de 24 a 30 de julio, 2000, p. 652). Entre los partidarios véase Calaza López que opina que la centralización de la competencia de ejecución de órdenes de detención y entrega europeas en la Audiencia Nacional supone, en primer lugar, «un mayor nivel de especialización, de dicho órgano, en las diversas y numerosas peculiaridades, predicables de los nuevos procedimientos de detención y entrega (...); en segundo lugar, evita la aparición de resoluciones contradictorias, en relación con idénticos o muy similares supuestos de «detención y entrega», puesto que la experiencia judicial española nos demuestra lamentablemente, que la interpretación y aplicación, de unos mismos cuerpos normativos, varía, enormemente, en función de los diferentes Tribunales de Justicia, a los que corresponda el conocimiento de cada concreta pretensión penal; por último, garantiza la inexistencia de eventuales «conflictos de competencia», que resultarían altamente lesivos, no sólo por el carácter urgente de este nuevo instrumento de cooperación judicial, sino también, por el alto nivel de desconfianza, que podría inspirar a nuestros vecinos comunitarios, la situación «en espera» de resolución, amparada en una concurrencia positiva o negativa de pretensiones instrumentales, por parte de nuestros Tribunales nacionales, de la detención y la entrega» (en «*El procedimiento europeo de detención y entrega*». Iustel, Madrid, 2005, pp. 204 y 205). En el mismo sentido Arangüena Fanego señala que «la opción seguida por el legislador de residenciar en un órgano especializado y de ámbito territorial nacional la competencia para conocer de la ejecución de las órdenes de detención aparece justificada en razones fundamentalmente prácticas. Ciertamente en el rodaje del sistema parece aconsejable, al menos en una primera etapa, que sea un órgano familiarizado con temas similares (no se olvide su competencia en materia de extradición) el que se ocupe de estas cuestiones para lograr cumplir con los perentorios plazos que tanto la Decisión marco como la LOEDE establecen. No haber legislado en ese sentido hubiera supuesto dejar en manos de los Juzgados de Instrucción la competencia para tramitar los expedientes y, en su caso, decidir sobre los mismos, lo que si bien podría estar más en consonancia con el sistema y filosofía de la Decisión marco, supondría una nueva competencia compleja a sumar a las que ya tienen en un momento particularmente delicado en cuanto al volumen de trabajo con reciente entrada en vigor de los «juicios rápidos», tarea que en principio reclama en estos primeros momentos no dispersar su atención en otras cuestiones igualmente novedosas y tanto o más delicadas» (en «*Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la Orden Europea de detención y entrega*». Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 58 y 59).

7. En definitiva, evaluar el grado de «igualdad de armas» en cada caso concreto.

Entre las funciones señaladas interesa fundamentalmente detenerse en la idea de coordinar una defensa en dos tiempos, la material, que tiene lugar ante los Tribunales del Estado miembro de emisión, y la formal, que por el contrario se desarrolla ante las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución. Idea ya propugnada desde hace tiempo por el ilustre profesor alemán Joachim Vogel²¹ que puede materializarse a través del establecimiento de una Red de «Abogados defensores europeos» con especiales conocimientos y experiencia en procesos penales transnacionales, cuya existencia se notificaría inmediatamente a las personas afectadas por alguna medida de cooperación. En consecuencia, este autor apuesta por una institución independiente²² que tenga acceso a todos los expedientes de cualquier institución relevante, tales como el Ministerio Fiscal del Estado que realiza la persecución, del Estado miembro de ejecución y en su caso de Europol, Eurojust y la OLAF²³.

Las funciones de ECLO propuestas por la CCBE impiden que el *Defensor del Pueblo Europeo en materia penal* pueda actuar en casos de naturaleza estrictamente nacional o interna. No obstante, en el caso de que ECLO no tuviera funciones tan relevantes y se limitase sólo y exclusivamente a recopilar datos y elaborar informes tendría sentido que interviniése también en litigios tanto transfronterizos como internos, porque de lo que se tratará será de analizar el estado de cumplimiento de los derechos de defensa en los Estados miembros.

VI. ALTERNATIVAS A ECLO

Algunos autores²⁴ han cuestionado la necesidad de recurrir a una institución como ésta para solventar los problemas existentes en la actualidad. La carencia de garantías procesales en un procedimiento penal ya sea interno o transnacional no se soluciona mediante ECLO. Por el contrario, asegurar la presencia de intérpretes, traductores y abogados especializados en la materia pasa, irremediablemente, por convertir estas cuestiones en prioridades de la Unión, mejorando drásticamente la asistencia jurídica en muchos países, la calidad de los abogados defensores y asegurando la existencia de garantías procesales a un alto nivel en todo el territorio europeo. Es decir, la asistencia jurídica no debería ser un recurso interno, sino que debería incluirse entre las prioridades más importantes de la Unión Europea.

²¹ VOGEL, Joachim: «Cooperación penal: Cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura». Conferencia impartida en el Seminario sobre el Espacio Judicial Europeo, Toledo, 29–31 de octubre de 2003 y «Mutual Recognition vs. Defence: Defence Concerns in Transnational Criminal Proceedings». Conferencia impartida en el Seminar on the Establishment of a European Criminal Law Ombudsman, organizado por la Academy of European Law (ERA), CCBE y ECBA en Trier el 7 de abril de 2006.

²² Lo cual no está reñido con el hecho de que ECLO fuera financiado aunque sea de forma subsidiaria por fondos europeos o incluso nacionales.

²³ Además, aquellas personas que no tengan recursos económicos suficientes para sufragar los gastos de un euro-abogado, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita que será financiada por el Estado miembro en el cual se desarrolle el procedimiento.

²⁴ JAHAE, Han: «The European Criminal Law Ombudsman ...», op., cit.

Pero es más, la búsqueda de un verdadero *Defensor del Pueblo Europeo* en esta materia con capacidad para intervenir en los procedimientos internos y adoptar decisiones vinculantes plantea problemas de teoría jurídica como por ejemplo el hecho de que se trate de un órgano que no pertenece al poder judicial del país implicado. En consecuencia, sería muy difícil, por no decir imposible, sostener que un órgano administrativo pudiera adoptar decisiones de una trascendencia incluso mayor que las adoptadas por un Tribunal Supremo interno²⁵.

Por estas razones sería más que conveniente pensar en otras posibles alternativas como la de establecer la asistencia jurídica a lo largo y ancho de la Unión como una cuestión de naturaleza no interna sino de interés común en todo el territorio europeo; afianzar un programa efectivo de garantías procesales de grandes estándares o conseguir un mayor uso de la facultad atribuida al TEDH en el artículo 39.1 de su Reglamento relativo a la adopción de medidas preventivas²⁶. No cabe duda de que el Tribunal Europeo puede intervenir en los procesos internos cuando se violan los derechos humanos²⁷.

VII. EL FUTURO DE ECLO

El debate europeo en relación a la creación de un *Defensor del Pueblo Europeo* en materia penal se pregunta también acerca de su situación en el caso de que no todos los Estados miembros aprueben su constitución. Sin embargo, este es un problema de menor importancia dada la posibilidad de reconducir su actuación al ámbito de la cooperación reforzada establecida en los artículos 40 y siguientes del TUE²⁸.

VIII. CONCLUSIONES

Si algo ha quedado constatado a lo largo de esta exposición es, primero, que el sujeto que se ve inmerso en un procedimiento penal de naturaleza transfronteriza puede ver mermados sus derechos de defensa y, segundo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aun pudiendo interferir en el ordenamiento interno instaurando las garantías que exige el artículo 6 CEDH, su actuación deviene tardía creando un

²⁵ *Ibidem*, p. 3.

²⁶ Artículo 39.1 del Reglamento: «La Cámara o en su caso su Presidente podrán a instancia de parte o de cualquier interesado o de oficio, indicar a la partes cualquier medida preventiva que estimen conveniente adoptar en el interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento».

En la actualidad el Tribunal solo hace uso de esta potestad en casos de vulneración del derecho a la vida o de prohibición de tortura.

²⁷ JAHAE, Han: «The European Criminal Law Ombudsman ...», *op., cit.*

²⁸ Artículo 40 TUE: «Las cooperaciones reforzadas en cualquiera de los ámbitos contemplados en el presente título tendrán por finalidad permitir que la Unión llegue a ser lo más rápidamente posible un espacio de libertad, seguridad y justicia, al tiempo que se respetan las competencias de la Comunidad Europea y los objetivos fijados por el presente título».

daño en ocasiones irreversible. Por ello, es necesario crear una institución que examine este tipo de situaciones e intente buscar soluciones.

Sus funciones están todavía por determinar, aunque lo más aconsejable sería poder contar con una red europea de abogados defensores que se pusiera a disposición del sospechoso en este tipo de casos garantizándole una defensa real y efectiva.

Habrá que esperar, no obstante, para saber si su papel será determinante o si por el contrario se tendrá que conformar con un simple acuerdo político que tan sólo reconozca funciones de consulta e información a este nuevo órgano que se pretende crear.