



JONATÁN CRUZ ÁNGELES*

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES SOSPECHOSOS O ACUSADOS EN LOS PROCESOS PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Los derechos y garantías procesales en la union: la carta de los derechos fundamentales de la union europea y el plan de trabajo de 2009. - 3. El libro verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la ue de 2003. - 3.1. Objetivos perseguidos por la Comisión con el Libro Verde.- 3.2. Base jurídica y ámbitos de aplicación. - 3.3. Medidas de cumplimiento y control. - 3.4. En particular, los derechos abordados por el Libro Verde. - 4. las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales: La directiva 2016/800/UE. - 4.1. Objeto de la Directiva.- 4.2. Ámbito de aplicación. - 4.3. Análisis de los principales derechos y garantías regulados por la Directiva a favor de los menores. - 4.3.1. El derecho a la información del menor y del titular de la patria potestad.- 4.3.2. El derecho a la asistencia letrada: obligatoriedad y gratuidad. - 4.3.3. El derecho a una evaluación individual. - 4.3.4. El derecho a reconocimiento médico. - 4.3.5. Los derechos del menor a estar presente en su propio juicio y el de su responsable a asistir a las vistas.- 5. Normas de procedimiento y protección de derechos del menor. - 6. Conclusiones.

1. Introducción

Según la Comisión, el número de menores que en la UE se enfrentan a un proceso penal, como sospechosos o acusados, es de 1.086.000, lo que supone un 12% del total de la población europea sujeta a causas penales, sin que el derecho a un juicio justo de los mismos esté suficiente garantizado, pese a la existencia de principios comunes y normas mínimas que emanan de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹ (CDFUE, en adelante), Convenio Europeo de los Derechos Humanos² (en adelante,

* Profesor Doctor (y Coordinador) del Área de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho de la Universidad Loyola Andalucía (España).

¹ DO C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389 a 403.

² El contenido del CEDH puede consultarse en la publicación en BOE del Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE n.º. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564- 23570.

CEDH) y de otras normas internacionales. Esta falta de protección adecuada incide negativamente en este ámbito³. Y es que, aunque los Estados miembros (a partir de ahora, EEMM) son partes en el CEDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴ (PIDCP, en adelante), y la Convención sobre los Derechos del Niño de NNUU de 1989⁵, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás EEMM.

Cuando un menor sea sospechoso o acusado en un proceso penal o esté sujeto a un procedimiento relativo a una orden de detención europea⁶ (en adelante, ODE) con arreglo a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo⁷, los EEMM deben velar por que el interés superior del menor constituya siempre una consideración primordial, de conformidad con el art. 24, apdo. 2, de la CDFUE. Es por ello que los menores sospechosos o acusados en procesos penales deben recibir una atención especial para preservar su potencial de desarrollo y reinserción social. Atendiendo a estos objetivos con la reciente aprobación de la Directiva (UE) 2016/800 del PE y del Consejo, de 11 de mayo de 2016⁸, se establecen unas normas mínimas comunes en la UE para la protección de los derechos de los menores sospechosos, acusados en procesos penales o sujetos a procedimientos relativos a una orden de detención europea. Con ello, se ha dado un paso más en la consolidación de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo (y confianza mutua) entre los sistemas judiciales de EEMM y, por ende, en el Espacio Libertad Seguridad y Justicia de la Unión Europea (en adelante, ELSJ). Esta Directiva, que deberá ser traspuesta al ordenamiento jurídico español antes del 11 de junio de 2019, forma parte del conjunto de medidas presentado en su día por la Comisión llamadas a regular ciertos aspectos de las garantías procesales y derechos en los procesos penales.

³ Así se reconoce en el Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva de 27 de noviembre de 2013 SWD (2013) 481 final, disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/.../summary_impact_assessment_es.pdf(consultado el 30 de julio 2016).

⁴ U.N.T.S., vol. 999, p. 171 and vol. 1057, p. 407.

⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño de NNUU se encuentra entre los tratados internacionales que reúnen un mayor número de Estados que lo han ratificado. Actualmente, 192 Estados reconocidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas (todos los Estados con la excepción de los Estados Unidos de América y Somalia). Su éxito se debe a que dicho tratado se centra en qué derechos se desprenden de la especial condición del menor, en tanto que seres humanos que no han alcanzado su pleno desarrollo físico o mental y que por tanto, requieren de una protección especial. Éste es el primer tratado vinculante en el ámbito internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos sociales, económicos y culturales. Para un estudio más detallado, *vid.* U.N.T.S., vol. 1577, p. 3.

⁶ Para un interesante estudio sobre la ODE *vid.* C. PENIN ALEGRE, *La orden de detención europea*, en I. GONZALEZ VEGA/V. M. MORENO CATENA (Dir.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Madrid, 2013, pp. 705-754.

⁷ Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre EEMM (DO L 190 de 18 de julio de 2002, p. 1).

⁸ DO L 132, de 21 de mayo de 2016, p. 1.

2. *Los derechos y garantías procesales en la unión: la carta de los derechos fundamentales de la unión europea y el plan de trabajo de 2009.*

De forma genérica, podría afirmarse que los derechos y garantías procesales que vinculan a la UE y a sus EEMM son los recogidos en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y en la CDFUE que, a su vez, reproducen los recogidos en otras normas internacionales, aunque con un contenido más limitado (Carta de las Naciones Unidas y PIDC, básicamente). Así la eficacia de los derechos recogidos en la CDFUE (arts. 48 a 50) deriva de su carácter vinculante para los Estados y las instituciones de la UE - al mismo nivel que los Tratados fundacionales-. Por otra parte, la vinculación obligatoria a los derechos recogidos en el CEDH, deriva tanto de su carácter de principios generales del Derecho de la UE por expresa disposición del art. 6.3 TUE, como de la vinculación directa de todos los EEMM al CEDH.

Desde un punto de vista puramente doctrinal pudiera discutirse si los derechos a los que aludiremos en nuestro trabajo son de naturaleza procesal o de naturaleza sustantiva dentro del Derecho penal. En cualquier caso, se trata de una etiqueta, en ocasiones difícil de asignar que, de momento, en nada altera la naturaleza fundamental del derecho o garantía en cuestión. Nos referimos, en concreto y sin que constituya una relación exhaustiva, a los siguientes principios, derechos y garantías: derecho a la presunción de inocencia (art. 48.1 CDFUE y art. 6.2 CEDH), derecho del detenido a ser informado de los motivos de la detención, el principio non bis in idem (art. 50 CDFUE, art. 4 protocolo n.º 11 CEDH), principio de proporcionalidad en materia de penas (art. 49.3 CDFUE), principio de legalidad penal (art. 49.1 CDFUE), el principio de irretroactividad de la ley penal (art. 7.1 CEDH) salvo leyes que establezcan penas más favorables (art. 49.1 CDFUE), el derecho de defensa (art. 48.2 CDFUE), el derecho al resarcimiento del indebidamente condenado (art. 3 protocolo n.º 11 CEDH) así como del detenido o arrestado ilegalmente (art. 5.5 CEDH), el Habeas corpus (art. 5.4 CEDH) y el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse (conforme a la doctrina del TEDH son derechos que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 CEDH)⁹.

En la actualidad, se encuentra en fase de ejecución el ya Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales aprobado por Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales¹⁰. Plan de trabajo que fue asumido por el Programa de Estocolmo, una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano¹¹ del Consejo Europeo, que constituye el programa plurianual 2010-2014 para el desarrollo del ELSJ –objetivo político superior de la UE, art. 3 TUE-, definiendo las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en este campo¹².

⁹ Sirvan como ejemplo, entre otras, STEDH, *Caso Funke contra Francia*, Sentencia de 25 febrero 1993. TEDH 1993\7; STEDH *Caso Saunders contra Reino Unido*, Sentencia de 17 diciembre 1996. TEDH 1996\67 y STEDH (Sección 2ª). *Caso J. B. contra Suiza*. Sentencia de 3 mayo 2001 TEDH 2001\322.

¹⁰ DO C 295 de 4 de diciembre de 2009, pp. 1-3.

¹¹ DO C 115 de 4 de mayo de 2010, pp. 1-38.

¹² En este sentido señala el *Plan* que "...la Unión Europea dispone de un margen de acción adicional [entre la regulación del CEDH y sus protocolos según son interpretados por el TEDH] para velar por la aplicación y el

Por lo que se refiere a dicho Plan de trabajo, cabe señalar que se divide en seis medidas sobre las que se ha de actuar, siendo orientativo el orden por el que aparecen en el mismo. Junto a éstas figura una breve indicación de la acción propuesta sin que la misma tenga por objeto reglamentar o fijar las bases sobre el alcance y contenido que haya de darse a la medida que se trate en lo que pudiera considerarse una manifestación del principio de equilibrio institucional. El Plan no pretende pues, interferir en la competencia de la Comisión, en ejercicio de la iniciativa legislativa mediante el derecho de propuesta que le es propio, tanto para actos legislativos como no legislativos (art. 17.2 TUE). De hecho, el apdo. 3 del Plan pide a la Comisión que presente propuestas sobre las medidas incluidas en el plan de trabajo. El propio Plan prevé que su desarrollo sea gradual, pero coherente en su conjunto¹³, lo que se ha puesto de manifiesto con la aprobación de varias Directivas¹⁴ y la tramitación de otras medidas, reguladoras de distintos derechos.

Los derechos y garantías de los sospechosos o detenidos que están siendo objeto de actuación por la UE y que se recogen en las medidas que figuran en el Plan de trabajo se limitan a los siguientes: Medida A: Traducción e interpretación; Medida B: Información sobre derechos e información sobre los cargos; Medida C: Asesoramiento jurídico y justicia gratuita; Medida D: Comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares; Medida E: Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables; Medida F: Libro Verde sobre la detención provisional.

Por lo que se refiere a estas medidas, cabe señalar que llama la atención lo reducido del número de derechos y garantías procesales que son objeto de éstas (tales derechos ya están reconocidos en los instrumentos internacionales, básicamente el CEDH y han de ser interpretados conforme a la jurisprudencia del TEDH). Quizá por esta razón, la Comisión, a finales del 2013, presentó un nuevo paquete de medidas (tres propuestas de Directivas y dos recomendaciones) en las que se abordaban otros derechos y garantías no inicialmente previstos en el plan de trabajo, completando algo más el elenco de derechos objeto de protección¹⁵.

El PE, preocupado por lo reducido del ámbito de actuación en el que se había de actuar en materia de derechos y garantías procesales –entonces sin competencias legislativas

respeto plenos de las normas del Convenio y en su caso, garantizar la aplicación coherente de las normas aplicables y elevar el nivel existente” (considerando 2°).

¹³ Señala al respecto el considerando 11° que “Teniendo en cuenta la importancia y la complejidad de estas cuestiones, parece conveniente abordarlas de manera gradual, manteniendo una coherencia de conjunto. Al plantear las actuaciones futuras, por ámbitos separados, se puede concentrar la atención en cada medida concreta, lo que permite determinar y tratar los problemas de forma tal que se dé a cada medida un valor añadido”.

¹⁴ En este sentido ya se han adoptado la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo (en adelante PE) y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26 de octubre 2010, p. 1), Directiva 2012/13/UE del PE y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1 de junio 2012, p. 1), Directiva 2013/48/UE del PE y del Consejo, 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 (DO L 294 de 6 de noviembre 2013, p. 1), Directiva 2016/343 del PE y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65 de 11 de marzo 2016, p. 1).

¹⁵ Para un interesante estudio sobre el tema *vid.* V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO/M. LÓPEZ JARA, *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad y Justicia de la Unión Europea, La implementación del Programa de Estocolmo*, Madrid, 2016.

en este campo-, instó en su momento a ampliar urgentemente este ámbito. Así, en su Recomendación de 7 de mayo de 2009, destinada al Consejo sobre el desarrollo de un Espacio de Justicia Penal en la UE¹⁶ pedía, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que se adoptase sin dilación un ambicioso instrumento jurídico sobre las salvaguardias procesales en los procesos penales¹⁷

3. El libro verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la ue de 2003

3.1. Objetivos perseguidos por la Comisión con el Libro Verde

La Comisión era consciente de que el principio de confianza mutua -basado en la confianza que las autoridades judiciales de un Estado tienen en las de los otros-, pasaba por alcanzar una armonización siquiera mínima sobre las normas reguladoras de los derechos y garantías procesales de los sospechosos, acusados y condenados en los procesos penales seguidos en cualquiera de los EEMM.

Así, partiendo del Programa de medidas del Consejo destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal¹⁸, se inicia una nueva etapa para la aproximación y armonización de estos derechos, buscando el dictado una serie de normas mínimas. Previamente a ello, era necesario conocer cuáles eran los ámbitos en los que se habría de actuar y el parecer de los Estados sobre esa pretendida regulación. La Comisión, con la información recabada al respecto, elaboró el Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la UE¹⁹. Sobre la base de este trabajo, la Comisión presentó posteriormente la Propuesta de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE²⁰ que, tras tres años de negociaciones, fracasó, abandonándose el proyecto. La iniciativa de la Comisión contaba también con el apoyo decidido del PE, cuyas propuestas iban, incluso, más allá que las propias de la Comisión pretendiendo una regulación de mayor amplitud.

¹⁶ DO C 212 E de 5 de agosto de 2010, pp. 1-4.

¹⁷ “...un ambicioso instrumento jurídico sobre las salvaguardias procesales en los procesos penales basado en el principio de la presunción de inocencia, el derecho a una notificación escrita de los derechos («Carta de Derechos») el derecho a la asistencia jurídica, gratuita si procede, antes y durante el juicio, el derecho a presentar pruebas, el derecho a ser informado en una lengua comprensible para el sospechoso/acusado sobre la naturaleza y/o los motivos de la acusación y/o las bases de sospecha, el derecho de acceso a todos los documentos pertinentes en una lengua que el sospechoso/acusado comprenda, el derecho a un intérprete, el derecho a ser oído y a la defensa, la protección de los sospechosos/detenidos que no puedan comprender o seguir el procedimiento, las normas mínimas de detención, las condiciones y la protección de los sospechosos/acusados juveniles, así como unas vías efectivas y accesibles para que las personas puedan obtener indemnización [...] medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto común para la UE de derechos de los detenidos que recojan, entre otros el derecho a la comunicación y asistencia consular a los detenidos” (DO C 212 E de 5 de agosto de 2010, pp. 1-4).

¹⁸ DO C 12 de 15 de enero de 2001, pp. 10-22.

¹⁹ COM (2003) 75 final, Bruselas, 19 de febrero de 2003. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52003DC0075> (consultado el 29 de julio 2016)

²⁰ COM (2004) 328 final, Bruselas, 28 de abril de 2004. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2004/0328/COM_COM\(2004\)0328_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2004/0328/COM_COM(2004)0328_ES.pdf) (consultado el 29 de julio 2016)

Los objetivos perseguidos con esta iniciativa eran, de un lado, incrementar el grado de armonización con el fin de reforzar en la práctica la confianza mutua y de otro, garantizar que esos derechos no fuesen “teóricos o ilusorios”, sino “prácticos y efectivos” (punto 1.7 del Libro Verde). Con la intervención a nivel europeo en estos derechos, se pretendía que no existiesen prácticas divergentes en su ejercicio y aplicación por los Estados, lo que necesariamente era un obstáculo a la plena efectividad del principio de reconocimiento mutuo. Con ello también se conseguiría reducir la elevada pendencia soportada por el TEDH, por violación de derechos y garantías procesales por parte de los Estados, los cuales “...tienen el deber de garantizar que sus sistemas nacionales de Justicia penal funcionen eficiente y equitativamente, de modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conserve su papel de jurisdicción de última instancia y no se vea inundado con tantas demandas que se dificulte su funcionamiento” (apdo. 1.13).

Por el contrario, no se pretendía la creación de nuevos derechos para sospechosos y acusados. Tales derechos ya estaban reconocidos a todos los ciudadanos de la Unión, pues todos los Estados –los miembros en esa época y los candidatos- eran ya signatarios del CEDH en el que se recogían los derechos de naturaleza procesal aquí tratados, básicamente en los art. 5 y 6 reguladores de los derechos a la libertad y la seguridad y a un proceso equitativo respectivamente. Ahora bien, había que determinar, de entre ellos, cuáles se consideran básicos y en consecuencia, objeto de medidas para su potenciación en la UE. Igualmente el Libro Verde, como posteriormente haría el Proyecto de Directiva, recogía el principio de no regresión, en el entendido de que los resultados legislativos de ambas iniciativas en ningún caso podrían justificar una derogación o limitación de los derechos ya existentes en los Estados miembros, si las disposiciones internas de los mismos ya ofreciesen cotas de protección o garantía a los sospechosos o acusados superiores a las que serían dispensadas por las normas europeas²¹.

3.2. Base jurídica y ámbitos de aplicación

La base jurídica para que la UE pudiese regular estos derechos y garantías se encontraba, según la Comisión, en los art. 31 y 33 de TUE, en su redacción entonces vigente. Conforme a ellos la acción común sobre cooperación judicial en materia penal debía incluir la facilitación y aceleración de la cooperación entre autoridades judiciales en relación con las causas y ejecución de resoluciones. Además, debía conseguir la compatibilidad de las normas aplicadas por los Estados en la medida necesaria para mejorar tal cooperación, todo ello sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumbían a los Estados en materias de mantenimiento de orden público y salvaguarda de la seguridad interior.

Pues bien, entendía la Comisión que una forma de garantizar la compatibilidad entre las normas a aplicar por los EEMM para mejorar la cooperación judicial penal era incrementar la compatibilidad entre las normas procesales –incluidos aquí los derechos y garantías de los sospechosos y acusados-, y que tal medida sólo podía alcanzarse mediante una intervención a nivel de toda la UE –principio de subsidiariedad- (apdo. 1.12). Mantenía la Comisión que sólo la actuación a nivel de toda la UE podía garantizar que se alcanzase

²¹ Punto 1.7 del Libro Verde y art. 17 del proyecto de Decisión marco.

en todo su territorio unas normas comunes sobre estas garantías procesales. Recordemos que, conforme al principio de subsidiariedad las instituciones europeas solo han de actuar cuando ello sea más eficaz para alcanzar los objetivos de la UE que mediante una actuación a otros niveles (estatales, regionales...).

También se justificaba esta regulación por parte de la Comisión en la “neutralidad” de las normas y medidas que se adopten pues no estarían influidas por una tradición jurídica particular, nacional o de un área geográfica concreta (apdo. 1.10 del Libro Verde). Frente a esta pretendida neutralidad se señalaba que cualquier propuesta en esta materia que presentase la Comisión tendría en cuenta las especialidades nacionales (apdo. 1.12 del Libro Verde). Ello parece una contradicción pues si las especialidades nacionales iban a ser tenidas en cuenta, necesariamente el instrumento final estaría influido por ese Ordenamiento o, por diversos Ordenamientos, pudiendo, incluso, con ello dificultar la necesaria coherencia de la regulación resultante.

Igualmente, la Comisión acudía a la CDFUE, que si bien entonces no tenía reconocido el carácter de norma jurídicamente vinculante para los Estados que tiene actualmente, sí debía ser también tenida en cuenta por éstos, en la medida en que recogía principios jurídicos comunes a todos los EEMM, entre ellos el derecho a un juicio justo, siendo una manifestación del mismo los derechos y garantías procesales que la Carta recogía.

Por lo que a los ámbitos de aplicación se refiere, el Libro Verde estableció que los derechos y garantías procesales, cuyo ejercicio se pretendía regular, serían de aplicación tanto a los ciudadanos europeos, como a las personas extranjeras (de terceros países) que se encontrasen incurso en algún procedimiento penal seguido en cualquiera de los EEMM. Pese al elenco de derechos que la Comisión sometió a la consideración de los Estados y de todos aquellos particulares e instituciones que quisieron dar su opinión, no todos ellos fueron objeto de análisis en el Libro Verde. Así la Comisión interesó comentarios específicamente sobre los siguientes derechos y garantías: 1) derecho a la presunción de inocencia; 2) derecho a informar a alguna persona de la detención; 3) derecho al asesoramiento y asistencia por abogado; 4) derecho a intérprete y/o traductor competente y cualificado; 5) derecho a fianza (libertad provisional); 6) derecho a no declarar en su contra; 7) imparcialidad en la obtención y práctica de pruebas; 8) derecho a la revisión de las resoluciones y/o a los procedimientos de recurso; 9) garantías específicas referidas a la detención previa o posterior a la sentencia; 10) non bis in idem; 11) procedimientos en rebeldía y 12) implantación a nivel europeo de una “Carta de Derechos”.

A la vista de la información obtenida, la Comisión concluyó que era necesaria la acción de la UE y determinó los ámbitos en los que se debía actuar de forma inmediata, que se concretaban en: 1) derecho de acceso a la representación por abogado defensor, tanto antes como durante el juicio; 2) derecho de acceso a la interpretación y a la traducción; 3) derecho del sospechoso a ser informado de sus derechos; 4) garantía de una protección adecuada a sospechosos e inculpados vulnerables y 5) asistencia consular a detenidos extranjeros. Igualmente, y a la vista de la buena acogida de la propuesta sobre una Carta de Derechos, decidió incluir ésta entre las propuestas a formular por el Libro Verde. La Comisión dejó fuera de las propuestas del Libro Verde las relativas a determinados derechos y garantías, por diferentes motivos. Así, no fueron objeto de propuestas los derechos relativos a la fianza y el derecho a la imparcialidad en la práctica de pruebas, así como el principio non bis in idem por ser objeto, cada uno de ellos, de análisis y tratamiento específico y diferenciado del resto de derechos y garantías. Igualmente

quedaron fuera de las propuestas las relativas a los procesos en rebeldía al estimarse que no era una cuestión prioritaria, posponiendo su análisis para más adelante.

3.3. *Medidas de cumplimiento y control*

El Libro Verde preveía la necesidad de establecer mecanismos de control, seguimiento y evolución en el grado de cumplimiento de las normas mínimas que se establecerían sobre derechos y garantías procesales. Sólo de este modo sería posible elevar el nivel de confianza mutua entre los operadores jurídicos de los distintos Estados. En particular, planteaba la necesidad de que los EEMM presentasen a la Comisión informes y estadísticas de forma regular. La Comisión preveía también la posibilidad de recabar información sobre el la situación de los derechos fundamentales tanto en los EEMM como a nivel de toda la UE a un grupo de expertos independientes²².

En cuanto a los instrumentos para la obtención de esta información la Comisión optaba por los siguientes: 1) Las estadísticas que habrían de remitir los Estados con los datos necesarios para efectuar el seguimiento sobre el grado de cumplimiento de las normas mínimas establecidas y 2) Un sistema que permitiese recibir las denuncias por incumplimiento. En este sentido sería de gran utilidad que los Estados introdujesen la grabación en las diligencias policiales que se lleven a cabo con sospechosos y acusados; de este modo, sería más fácil evaluar el grado de cumplimiento por parte de los Estados en relación con el cumplimiento de las normas sobre derechos procesales.

En relación con las medidas de cumplimiento y control la Comisión formulaba preguntas (32 a 35) relativas a la propia necesidad de establecimiento de medidas de control como instrumento necesario para alcanzar el perseguido aumento de la confianza mutua, a la información que deben proporcionar a la Comisión los Estados, a la eficacia de la grabación de los interrogatorios como instrumento para examinar el grado de cumplimiento por los Estados y la posibilidad de establecer sanciones a los Estados incumplidores. La Comisión analizaba también la posibilidad de imponer sanciones a los EEMM en caso de incumplimiento de las normas procesales mínimas que se acordasen.

Efectivamente, tras recordar que el CEDH prevé medidas reparadoras en los casos de violación de Derechos Humanos –indemnizaciones–, y que el TUE prevé sanciones muy graves para los Estados en los casos de violaciones graves y persistentes de los valores en los que se fundamenta la UE – art. 7 TUE–, planteaba la posibilidad de establecer algún tipo de sanciones en los supuestos en que los incumplimientos de los Estados no tuvieran la entidad suficiente para aplicar las sanciones previstas para los supuestos de violaciones graves y persistentes. Otras preguntas hacían referencia a la posibilidad de imponer sanciones a los Estados que incumpliesen la regulación finalmente resultante de estos derechos y garantías y su naturaleza (preguntas 8, 20, 27 y 31). Estas sanciones se impondrían al margen y con independencia de cualquier fallo condenatorio por parte del TEDH a los Estados infractores.

²² Este grupo de expertos podría ser la *Red Independiente de Expertos en Derechos Fundamentales*, designados por la Dirección General de Justicia e Interior para evaluar la aplicación de los derechos enunciados en la CDFUE.

3.4. En particular, los derechos abordados por el Libro Verde

El Libro Verde, tras un breve repaso a las obligaciones para los EEMM derivadas de los tratados internacionales y disposiciones existentes en materia de derechos fundamentales procesales²³, analiza, en concreto, la situación de cada uno de los derechos y garantías que son objeto de análisis en el mismo. En primer lugar, se recoge el derecho a la asistencia letrada. El Libro Verde comenzaba recordando los instrumentos internacionales en los que está proclamado este derecho²⁴, concluyendo que al tratarse de un derecho fundamental las propuestas a realizar no debían versar tanto sobre la existencia misma de este derecho –que no se cuestiona– sino sobre cuáles serían las mejores condiciones para su puesta en práctica. Y así se interrogaba sobre el momento en que se origina este derecho y su alcance, en particular sobre la admisibilidad o no de autodefensa, la libertad de elección del defensor o su carácter gratuito en determinados supuestos. Seguidamente, se reconocía como destinatarios del derecho tanto a nacionales como extranjeros y la diversidad con la que los distintos ordenamientos nacionales regulaban el ejercicio de este derecho, formulando, finalmente, las preguntas (2 a 8) sobre el modo en que habría de regularse.

Seguidamente, el Libro Verde se ocupaba del derecho a un intérprete y/o traductor competente y cualificado para que el acusado conociera de los cargos que se dirigen contra él y comprenda el procedimiento. Igualmente hacía hincapié en que no se trataba de reconocer la existencia de este derecho –ya consagrado en el art. 6 CEDH– sino de determinar su puesta en marcha. También aquí se recogía la normativa internacional contenida en distintos instrumentos internacionales, estableciéndose los puntos para el debate formulándose las preguntas 9 a 20 relativas al nivel de intervención (en qué momento debe prestarse, gratuidad, extensión, etc.) y a los medios de intervención (formación y cualificación de los intérpretes y de los traductores o costes y contratación de los mismos).

El siguiente punto abordado por el Libro Verde fue el relativo a la protección adecuada para los grupos especialmente vulnerables planteando, en primer lugar, los grupos o colectivos de personas que tendrían esta consideración, incluyendo, en una relación no agotadora a extranjeros, menores, analfabetos, personas vulnerables por sus circunstancias físicas, o por tener personas a su cargo y personas dependientes del alcohol y de las drogas. Las preguntas 21 a 24 se centraban precisamente en determinar quiénes debían ser así considerados y sobre el momento en que ostentaba tal condición.

En cuanto a la asistencia consular, se recordaba que este derecho venía ya recogido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, si bien la Comisión

²³ Estos instrumentos internacionales son, en concreto el CEDH, la CDFUE (que, pese a no tener en esos momentos carácter vinculante, la Comisión entendía que también resultaba de aplicación al recoger principios generalmente reconocidos y derechos ya reconocidos en otros instrumentos); la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el PIDCP; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994 y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁴ Fundamentalmente en el art. 6.3 CEDH establece que “(t)odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan...”.

estimaba que es un derecho insuficientemente conocido por los ciudadanos, por lo que muchos no se benefician de él. El debate y preguntas formuladas (25 a 27) giraban sobre el modo en que se ha de dar a conocer este derecho en el momento de la detención. Partiendo de la importancia de que un sospechoso o acusado conozca plenamente los derechos que le asisten, la Comisión planteaba el debate y las preguntas 28 a 31 relativas al contenido que habría de incluir la Carta en relación con este tema. La Comisión presentó el Libro Verde en febrero de 2003, recibiendo en las semanas posteriores diversas respuestas²⁵. Sobre la base de este Libro Verde y de las respuestas y observaciones efectuadas al mismo, la Comisión presentaría meses más tarde el proyecto de Decisión marco relativa a determinados derechos procesales celebrados en la UE²⁶, que nunca vería la luz como texto normativo ante la falta de acuerdo de los EEMM, pero cuyo espíritu, sin duda, influiría en futuras propuestas.

4. *Las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales: la directiva 2016/800/UE.*

4.1. *Objeto de la Directiva.*

La Directiva reguladora de las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales²⁷ tiene por objeto el establecimiento de normas mínimas y específicas sobre determinados derechos y garantías en relación con menores sospechosos, acusados o sujetos a una orden de detención europea, entendiéndose por tal toda persona menos de 18 años (art. 3). Hasta ahora no han existido normas específicas de naturaleza procesal que abordaran la figura del menor como sujeto pasivo del proceso penal, como responsable de acciones ilícitas. Hay que recordar que son también muy reducidas y recientes las normas de la UE que han abordado el fenómeno de la delincuencia juvenil, campo en el que, sin embargo, sí viene trabajado el Consejo de Europa desde la década de los sesenta del siglo pasado²⁸.

La presente Directiva no solo establece “especialidades” sobre el ejercicio de derechos procesales que, con carácter general ya se reconocen en el ámbito de la UE, o lo serán en un futuro. También establece nuevos derechos para los menores que no han sido

²⁵ Fueron 78 respuestas escritas y otras varias a través de otros medios como correos electrónicos y llamadas telefónicas, según señala la Comisión en la Exposición de Motivos del Proyecto de Decisión marco (apdo. 17).

²⁶ COM (2004) 328 final Bruselas, 28 de abril de 2004. 2004/0113 (CNS). El texto puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2004/0328/COM_COM\(2004\)0328_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2004/0328/COM_COM(2004)0328_ES.pdf) (consultado el 3 de julio 2016).

²⁷ Para un reciente comentario de esta Directiva *vid. Comentario a la Directiva (UE) 2016/800 del PE y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, en *Diario La Ley*, n.º. 8768, Sección *Hoy es Noticia*, 24 de mayo de 2016, disponible en <http://diariolaley.laley.es/Content/> (consultado el 29 de julio 2016)

²⁸ Sobre los concretos instrumentos normativos y no normativos dictados tanto en el ámbito de la UE como del Consejo de Europa y sus principales contenidos, *vid. C. PÉREZ VAQUERO, C., La justicia juvenil en el derecho europeo, en Derecho y Cambio social*, disponible en http://www.derechocambiosocial.com/revista037/LA_JUSTICIA_JUVENIL_EN_EL_DERECHO_EUR_OPEO.pdf (consultado el 14 de julio 2016).

objeto de regulación con carácter general para todos los sospechosos y acusados en la UE. Igualmente se recogen también bajo la denominación de derechos, lo que son especialidades a observar en los procedimientos penales en los que éstos intervienen.

De este modo, concretando el contenido de la Directiva, se recogen especialidades en relación a los derechos relativos a la información (derecho del menor a ser informado y de que también sea informado el titular de su patria potestad, arts. 4 y 5), a la asistencia letrada (art. 6), a la asistencia gratuita (art. 18) o a estar presente en su propio juicio (art. 16). Aparte de estas especialidades, la Directiva también recoge derechos hasta ahora no regulados en otras directivas, nos referimos en concreto al derecho a una evaluación individual (art. 7) en la que determinar de forma personalizada las necesidades específicas del menor en materias de protección, educación e integración social; el derecho a reconocimiento médico (art. 8), el derecho a ser acompañado por el titular de su patria potestad (art. 15) e, incluso, un conjunto de derechos relacionados la protección de su libertad. En particular, nos referimos a la excepcionalidad de la medida cautelar de privación de libertad antes de resolución firme o al establecimiento de una serie de medidas alternativas a la privación de la libertad (art. 11) y de tratamiento específico en caso de privación de libertad (art. 12). Igualmente, bajo la denominación de derechos se recogen determinadas medidas a observar en los procesos que se dirigen contra menores, entre las que destacan medidas sobre el modo de practicar los interrogatorios (art. 9) y para preservar la intimidad (art. 14). Finalmente, a modo de principios generales que han de inspirar los procesos penales en los que el sospechoso o acusado sea un menor, se prevé que la tramitación sea rápida (urgente) y que el tratamiento que reciba el menor, debe ser acorde con sus circunstancias (art. 10 y 13).

4.2. *Ámbito de aplicación.*

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, cabe señalar que la Directiva se aplica a los menores de edad, entendiendo por tales los menores de 18 años. La Directiva no afecta a las normas nacionales relativas a la fijación de edad a efectos de responsabilidad penal. Asimismo, regula de forma amplia la garantía y protección de derechos: si durante la tramitación del proceso penal o del procedimiento de ejecución de una ODE el menor alcanza la mayoría de edad, continuarán siendo de aplicación las normas de la Directiva (art. 2).

Llama la atención, sin embargo, que la nueva norma no establece un límite mínimo de responsabilidad, guardando silencio sobre la edad a partir de la cual un menor tendrá responsabilidad penal²⁹. Es decir, con esta Directiva sabemos hasta cuando a un menor en la UE se le aplican las garantías aquí establecidas, pero no desde cuándo. También en este punto hubiera sido deseable ir más allá y pronunciarse al respecto. Bien es cierto que esta materia es propia del Derecho penal sustantivo y no procesal, ciertamente es una cuestión importante para contribuir a alcanzar la necesaria confianza mutua entre ordenamientos que permita la plena efectividad del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, pues

²⁹ En este sentido, en España, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece en su art. 1 su ámbito de aplicación a menores infractores, a partir de los 14 años y hasta los 18. Los menores que no tengan cumplidos los 14 años son penalmente irresponsables, *vid.* BOE n.º 11, de 13 de enero del 2000.

existen distintas edades penales del menor, distintas garantías y distintas consecuencias desde el punto de vista del Derecho penal, en función de que el menor quede sujeto a un proceso penal en uno u otro EEMM³⁰. Además de a los sospechosos y acusados frente a los que, como tales, se inicie un proceso penal, las normas de la Directiva serán también de aplicación a quienes sin tener dentro del proceso inicialmente tal consideración —por ejemplo testigos—, a lo largo del proceso pasen a serlo consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo³¹.

Hubiera sido acertado, que la redacción de la Directiva hubiera extendido de forma expresa la protección a los menores extranjeros en situación irregular. Quizá podría resultar de interés precisar la inclusión expresa también a los menores que se hallan en situación irregular en el territorio de la UE y que no tienen familiares. La crisis migratoria ha propiciado esta realidad de menores que llegan solos y que acaban delinquiendo. Esta situación hace que podamos plantearnos interrogantes: ¿cómo afectará la nueva Directiva a estos menores? ¿qué problemas plantearía en su caso la aplicación de los derechos enunciados en la Directiva?

A pesar de que se haya omitido cualquier referencia expresa al tema en el texto de la nueva Directiva, entendemos que no hay ninguna duda sobre su aplicación garantista a los menores extranjeros en situación irregular. Piénsese que el disfrute de los derechos estipulados en sus disposiciones no está limitado a los menores nacionales de los Estados Partes, de modo que éstas deben entenderse aplicables a todos los menores bajo jurisdicción de un Estado miembro —sin excluir a los niños migrantes y refugiados— y con independencia de su nacionalidad y situación en términos de inmigración. Afirmaciones ésas que pueden deducirse del carácter incluyente del lenguaje utilizado en el texto, en el que, volvemos a insistir, no se requiere la condición de “nacional” o “regular” para su disfrute. En resumen podría afirmarse que *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

En este orden de ideas, refuerza nuestro planteamiento el hecho de que la Directiva afirme literalmente que ninguna de sus disposiciones se interpretará de manera que pueda producir “limitaciones o excepciones a los derechos o garantías procesales reconocidos por la Carta, el CEDH u otras disposiciones aplicables de Derecho internacional, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, o a la normativa de cualquier Estado miembro que garantice un nivel de protección superior”. Afirmación ésta reveladora. Y es que no podemos olvidar que todos los Estados Miembros de la UE son partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, texto éste último que además de ser aplicable a los menores

³⁰ Así, por ejemplo, en Francia es posible exigir responsabilidad penal a un mayor de 13 años. Resulta difícil imaginar que un tribunal español, ante una petición de ejecución de una resolución de una pena impuesta por un tribunal francés a un menor español en aquél país, acceda a ello, cuando en su país, España, sería irresponsable penalmente. En los Países Bajos existe responsabilidad penal a partir de los 12 años. En Portugal, sin embargo, se eleva hasta los 16 años. En Alemania también es a los 14 años. Vemos, en definitiva la disparidad en una materia tan sensible que debiera aproximarse en toda la Unión. Sobre la regulación de la responsabilidad penal de los menores en algunos Estados de la UE puede consultarse “*La responsabilité pénale des mineurs*”, disponible en https://www.senat.fr/lc/lc52/lc52_mono.html (consultado el 29 de julio 2016).

³¹ En este sentido la Directiva afirma expresamente que “cuando un menor que inicialmente no fuese sospechoso ni acusado, por ejemplo, un testigo, se convierta en sospechoso o acusado, debe tener derecho a no declarar contra sí mismo y a guardar silencio, de conformidad con el Derecho de la Unión y el CEDH, tal como lo interpreta el TJUE y el TEDH. Por tanto, la Directiva hace referencia expresa a la situación concreta en que ese menor se convierte en sospechoso o acusado en el curso del interrogatorio realizado por la policía u otras autoridades policiales en el contexto de un proceso penal. De este modo, dispone, que cuando, durante un interrogatorio, un menor que no sea sospechoso ni acusado se convierta en sospechoso o acusado, debe suspenderse el interrogatorio hasta que se ponga en conocimiento del menor tal condición y disponga de asistencia letrada”.

extranjeros³² y detalla una serie de requisitos mínimos que deben cumplir los Estados miembros para garantizar la protección de *todos* los niños bajo jurisdicción estatal.

Piénsese que, conforme a la Convención de los Derechos del Niño, todos los Estados deben considerar siempre cuatro principios fundamentales en la implementación de sus leyes o políticas nacionales: a) el *principio de no discriminación*³³; b) el *interés superior del niño*³⁴; c) la *supervivencia y el desarrollo del niño*³⁵ y d) el *derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo*³⁶.

En relación con el ámbito de protección de esta Directiva, cabe señalar que no hace mención (excluye) a otros grupos vulnerables. Piénsese, que la Medida E del Plan de trabajo contemplaba a menores y a otras personas vulnerables. Respecto de los “mayores” vulnerables, la Comisión, ante la imposibilidad de alcanzar el consenso necesario para su inclusión en ámbito de aplicación de la Directiva, elaboró una “Recomendación sobre las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en un proceso penal”³⁷, en la que se proponen también una serie de garantías adicionales en los procesos

³² Cabe señalar que el órgano autorizado para interpretarla ha manifestado de forma explícita que: “El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”. *Vid.* Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General n. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, pfo. 12.

³³ Este principio implica que todos los derechos protegidos por la Convención están garantizados sin discriminación o distinciones de ningún tipo a todos los niños presentes en la jurisdicción de los Estados miembros (artículo 2o.). El Comité sobre los Derechos del Niño ha establecido de forma explícita que el principio de no discriminación es aplicable independientemente del estatus migratorio. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. *Vid.* Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General n. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, pfo. 18.

³⁴ Este principio implica que los Estados, a través de sus tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, en todas las medidas concernientes a los menores que tomen, deben otorgar una consideración primordial al interés superior del niño (artículo 3.1). El Comité ha establecido en este sentido que, antes de tomar cualquier decisión que afecte a un niño, los Estados deben evaluar cualquier vulnerabilidad específica o necesidad de protección que pudieran tener. Asimismo ha enfatizado que la limitación general de la inmigración no puede prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior del niño. *Vid.* Comité sobre los Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Observación General núm. 6, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6, 2005, pfo. 20. Para un interesante análisis crítico de este principio *vid.* F.J. DÍEZ MORRÁS, *Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección*, en REDUR, 2012, p. 95 ss.

³⁵ La Convención de NNUU sobre los Derechos del Niño señala que "todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida", lo cual incluye el desarrollo del niño, puesto que los Estados deben "garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (art. 6). Este derecho se debe proteger, respetar y tener en cuenta en todos los procedimientos de migración.

³⁶ El Comité de los Derechos del Niño aclara que este derecho incluye la garantía de que el niño comprenda los procedimientos y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Además, este derecho garantiza que el niño esté bien informado de los procedimientos, así como de los posibles resultados y la forma en que éstos podrían afectarle. *Vid.* Comité de Derechos Humanos, *El derecho del niño a ser escuchado*, Observación General n. 12, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, pfo. 123 y 124.

³⁷ Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (DO C 378 de 24 de diciembre de 2013, p. 2).

penales –también en la ejecución de una OED–, en los que éstos se vean inmersos como sospechosos o acusados, si bien tal recomendación no es vinculante para los Estados (art. 288 TFUE).

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación, cabe señalar que Las normas se aplican a los procesos penales y a los procedimientos de ejecución de una ODE. Quedan excluidos del ámbito de aplicación aquellos procedimientos de naturaleza distinta a la penal –esto es, la autoridad que sanciona no es un juez o tribunal penal–, en los que puedan imponerse sanciones respecto a infracciones leves contra el orden público o en materia de tráfico. No obstante, si la resolución definitiva dictada en estos procedimientos fuese susceptible de recurso ante un órgano jurisdiccional penal, entonces las normas de la Directiva se aplicarían ante el tribunal penal en esta fase de recurso, pero no antes³⁸.

Finalmente, en relación con el ámbito temporal y espacial, desde la perspectiva del proceso, las normas de la Directiva resultan de aplicación desde la fase previa de investigación y durante todo el desarrollo del mismo, hasta que recaiga resolución firme con la que finalice el proceso, declarando la culpabilidad o inocencia del menor. En los casos de una ODE se aplicará desde el momento de la detención del menor en el Estado de ejecución (art. 2.2). En relación con la entrada en vigor y la aplicación de las normas de la Directiva, los EEMM pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 11 de junio de 2019. En cuanto a la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013, dada su naturaleza no vinculante, no establece plazo alguno para transposición a los ordenamientos internos, si bien prevé que los Estados deban informar a la Comisión sobre las medidas que adopten para aplicar la misma³⁹.

Por último, conviene indicar que los destinatarios de la Directiva son todos los EEMM, si bien Reino Unido e Irlanda de un lado y Dinamarca de otro, en uso de las facultades reconocidas en los Protocolos 21 y 22 anejos a los Tratados, respectivamente, decidieron no participar en su adopción. De hecho, así se reconoce en la introducción de dicha Directiva, al afirmar expresamente que de conformidad con los art. 1 y 2 del Protocolo n.º. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del ESLJ, anejo al TUE y al TFUE y sin perjuicio del art. 4 de dicho Protocolo, estos EEMM no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación. Lo mismo sucede con Dinamarca, de conformidad con los art. 1 y 2 del Protocolo n.º. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE.

4.3. *Análisis de los principales derechos y garantías regulados por la Directiva a favor de los menores.*

4.3.1. *El derecho a la información del menor y del titular de la patria potestad.*

Al menor le resulta plenamente de aplicación los derechos a la información regulados, con carácter general, para todos los sospechosos y acusados, así como a los sujetos a una orden europea de detención, en la Directiva 2012/13/UE del Parlamento

³⁸ Considerando 17 de la propuesta de Directiva y apdo. 29 de la Exposición de Motivos.

³⁹ Así, el apdo. 18 de la citada Recomendación establece un plazo de 36 meses desde la notificación de la Recomendación.

Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales⁴⁰, ya aprobada. De los derechos allí recogidos, deberán ser informados con prontitud los menores. Además, y como especialidad, el art. 4.1 de la Directiva establece que el menor debe ser informado por las autoridades encargadas de la investigación de sus derechos, al igual que el titular de la patria potestad (o si esto fuere perjudicial para el menor, otro adulto adecuado) quien también tiene derecho a ser informado de los derechos de que goza el menor. Al menor también se le reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada durante todo el proceso y que ésta sea gratuita conforme a la legislación interna de modo tal que este derecho sea efectivo, así como a una evaluación individual. De forma general también se prevé en la cuando el menor esté privado de libertad que la información de derechos se efectúe por escrito⁴¹.

Por lo que respecta al titular de su patria potestad, como hemos dicho, el art. 5 de la Directiva recoge el derecho a ser informado de los derechos que posee el menor. Cuando ello no fuese posible por ser contrario al interés del menor –que es el que debe primar-, la información de los derechos que el menor detenido posee se facilitará a otro “adulto responsable”. En este sentido, la Directiva 2013/48 reguladora de los derechos a la asistencia letrada y de información y de comunicación con terceros, prevé que cuando un menor sea detenido se deberá informar de la detención, sin demora, “a la persona en quien recae la responsabilidad parental” y si ello fuese contrario al interés del menor, se informará a otro adulto que se considere apropiado. El derecho se extiende también a los supuestos en los que, comunicada la detención, el detenido sea trasladado a otro lugar (art. 5 Directiva 2013/48).

4.3.2. El derecho a la asistencia letrada: obligatoriedad y gratuidad.

Los menores gozan del derecho a la asistencia letrada en los términos regulados con carácter general por la Directiva 2013/48/UE del PE y del Consejo, 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 libertad⁴², de la que a continuación resumiremos su aspectos más relevantes, sin bien, como especialidad, en lo que constituye una garantía adicional, es un derecho irrenunciable⁴³. En algunos EEMM los procesos penales de menores pueden ser instruidos por los Fiscales, teniendo competencias, incluso para imponer sanciones (considerando 18). En estos casos, también resulta de aplicación el

⁴⁰ DO L142 de 1 de junio de 2012, p. 1.

⁴¹ En este sentido, art. 4 para los detenidos en general y art. 5, en particular para los detenidos en virtud de una orden de detención europea, de la citada Directiva 2012/13/UE del Parlamento y del Consejo relativa al derecho a la información en los procesos penales.

⁴² Dicha Directiva entró en vigor el 27 de noviembre del 2013 y tiene un plazo de trasposición hasta el 27 de noviembre del 2016 (DO L 294 de 6 de noviembre 2013, pp. 1-12).

⁴³ Recordemos que, con carácter general, la Directiva 2013/48 no determina la renunciabilidad o no del derecho a la asistencia letrada y en qué supuestos, remitiendo para ello a las legislaciones internas, pero sí regula, para el caso de que se admita la renuncia, las condiciones en que tiene que llevarse a cabo, para que sea eficaz: información previa al acusado verbal o escrita de las consecuencias de la renuncia y que tal renuncia es revocable en cualquier momento y que la renuncia por parte del sospechoso o acusado de forma voluntaria e inequívoca.

derecho a la asistencia jurídica obligatoria, incluso cuando esos procedimientos puedan finalizar por una resolución de archivo definitivo dictada por el fiscal tras haber cumplido el menor determinadas condiciones alternativas generalmente a la imposición de medidas o penas más gravosas, por un tribunal o por el propio Fiscal, conforme al art. 6.2 de la Directiva 2016/800. Por otra parte, el derecho a la asistencia jurídica será gratuito en la medida que sea necesario para que efectivamente el derecho pueda disfrutarse por el menor. Es por ello, que el art. 18 de la citada Directiva dispone que los EEMM deberán adecuar sus legislaciones internas para que ello sea así. Nuevamente la UE ha sido incapaz de fijar unas normas mínimas sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita en estos casos, limitándose a remitir a las legislaciones internas, apelando a los EEMM a que faciliten este derecho, pero de forma vaga e imprecisa.

Ahora bien, la propia Directiva reconoce que siempre que se respete el derecho a un juicio justo, la obligación de los EEMM de prestar asistencia letrada a los menores sospechosos o acusados, no incluye las actuaciones relativas a la identificación del menor, la decisión de si debe iniciarse una investigación, a la comprobación de la posesión de armas u otras cuestiones de seguridad similares, a los actos de investigación o de obtención de pruebas que no sean los mencionados específicamente en la Directiva, como los cacheos, los reconocimientos físicos, los análisis de sangre, de detección de alcohol u otros similares, la obtención de fotografías o de huellas dactilares; la presentación del menor ante una autoridad competente o su entrega al titular de la patria potestad o a otro adulto adecuado de conformidad con el Derecho nacional.

Por lo que respecta a España, si bien el derecho a la entrevista reservada entre el menor y su abogado había sido cuestionado, no existiendo un criterio uniforme en cuanto a la interpretación, conforme a la regulación contenida en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴⁴, las dudas se disiparon tras la Consulta 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 12 de julio de 2005, tras un análisis de la legislación aplicable, en la que se reconoció el derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado incluso antes de prestar declaración policial⁴⁵. Recuérdese, en este sentido, que en el proceso penal de menores sospechosos o acusados, en nuestro país, la instrucción viene atribuida al Ministerio Fiscal y que éste se rige por los principios de jerarquía y dependencia, lo que supone que tal consulta resulte de obligado cumplimiento para todos los Fiscales y que, en consecuencia, ya con la legislación vigente el derecho del menor a la entrevista reservada con su abogado incluso antes del primer interrogatorio policial ya era una realidad. Esta interpretación de la Fiscalía General del Estado queda ya corroborada por la nueva Directiva (art. 6.3.a).

4.3.3. *El derecho a una evaluación individual.*

⁴⁴ BOE nº. 11, de 13 de enero de 2000, pp. 1-37.

⁴⁵ En este sentido, se responde a dicha consulta afirmando que debe partirse del reconocimiento del derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado incluso antes de prestar declaración en sede policial. Asimismo, dispone que una vez que el menor ha sido presentado al Fiscal, sea de oficio por la Policía, sea a instancia del propio Ministerio Público, aunque no se incoe inmediatamente expediente de menores habrá de permitirle también si así se solicita, la entrevista reservada previa del menor con su Letrado". Puede consultarse el contenido de la consulta en el apdo. *Circulares e instrucciones* de la página web del Ministerio Fiscal del Estado español, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/consulta%202-05.pdf?idFile=3e829115-f060-4cd9-a35c-037961619b3a (consultado el 29 de julio.2016).

Los menores sospechosos o acusados en procesos penales deben tener derecho a una evaluación individual que determine sus necesidades específicas en cuanto a protección, educación, formación profesional e inserción social, para determinar si necesitan medidas especiales durante el proceso penal y en qué medida, así como para determinar su grado de responsabilidad penal y la idoneidad de una sanción o medida educativa concreta. En la evaluación individual se debe tener en cuenta, en particular, la personalidad y la madurez del menor y su contexto económico, social y familiar, incluidas sus condiciones de vida, así como cualquier vulnerabilidad específica del menor, como discapacidades intelectuales y dificultades de comunicación

De esta forma, la Directiva establece expresamente que todo menor sospechoso o acusado deberá ser sometido durante el proceso penal a una “evaluación individual” (entendemos que también antes de decidir en un procedimiento de ejecución de una ODE). Esta medida estará presidida por el principio de “proporcionalidad”, en cuanto que la propia Directiva dispone que el grado de detalle de las evaluaciones individuales deben adaptarse a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la gravedad de la presunta infracción penal y las medidas que puedan adoptarse si el menor es declarado culpable de dicha infracción. En este sentido, como excepción, se reconoce a los EEMM la exención de realizar esta evaluación del menor en el proceso penal cuando resulte desproporcionado en función de las circunstancias del caso (art. 7.7).

Asimismo, conforme a lo dispuesto en la Directiva, las autoridades competentes deben tener en cuenta la información derivada de una evaluación individual para evaluar la adecuación y efectividad de cualquier medida cautelar (piénsese, por ejemplo, en las decisiones sobre la prisión provisional o las medidas alternativas), considerando las características y circunstancias individuales del menor, para adoptar cualquier decisión o medida en el contexto del proceso penal, incluida la imposición de la pena. Sin embargo, la evaluación del menor no puede considerarse como un requisito sine qua non para la adopción de medidas, ya que el considerando 38 advierte que el hecho de que no disponer de una evaluación individual no debe impedir a las autoridades la adopción de las medidas que sean necesarias, respetando las condiciones establecidas en la norma. Cuando se disponga de la evaluación individual, se podrían reexaminar la adecuación y la efectividad de las medidas o decisiones que se adoptan antes de realizarse la evaluación

Por otra parte, la evaluación tiene por objeto determinar las necesidades específicas del menor sobre protección, educación, formación profesional y reinserción social, para determinar las necesidades que en estas materias pudiera tener éste durante la tramitación del procedimiento, medidas que hubieran de adoptarse e intensidad de éstas. También se aplicará, desde la perspectiva del proceso penal en curso, para determinar su grado de responsabilidad penal y la idoneidad de las sanciones o medidas educativas que pudieran imponerse⁴⁶.

Para la elaboración de la evaluación se tendrá en cuenta las características personales del menor, su madurez y su contexto socioeconómico. La evaluación se realizará “con la estrecha participación del menor”. Su alcance y grado de detalle puede ser variable y dependerá de las circunstancias concretas del caso, de la gravedad de la infracción y de la pena que pudiera imponerse. Si las circunstancias tenidas en cuenta para la realización de la

⁴⁶ Información extraída de los considerandos 19 de la Directiva 2016/800 y el apdo. 30 de la Exposición de Motivos del proyecto de la citada Directiva.

evaluación cambiasen “de modo significativo” ésta deberá actualizarse a la vista de las nuevas circunstancias. Corresponderá a los EEMM determinar en qué momento del proceso penal se ha de realizar la evaluación individual. Sin embargo, la propia Directiva dispone que deberá realizarse en la fase más temprana posible del proceso y con antelación suficiente para que el fiscal, el juez u otra autoridad competente puedan tener en cuenta la información que se derive de ella antes de formular una acusación destinada al juicio. No obstante, debe ser posible formular una acusación aun no existiendo una evaluación individual, siempre que sirva al interés superior del menor. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando un menor se encuentra en prisión preventiva: en estos casos esperar la evaluación individual podría alargar innecesariamente la privación de libertad.

4.3.4. *El derecho a reconocimiento médico.*

Este derecho que, con carácter general, no ha sido reconocido a los sospechosos y acusados en las Directivas anteriores ya aprobadas por la UE, tiene su reconocimiento para los menores sospechosos, aplicándose a aquéllos que hayan sido o estén privados de libertad. El derecho se reconoce al menor detenido, pero nada impide, entendemos, que el juez o la autoridad competente acuerden el examen médico de los menores sospechosos o acusados no detenidos, si lo considera necesario. El reconocimiento médico debe ser realizado por un médico u otra persona cualificada, ya sea por iniciativa de las autoridades competentes, en particular cuando esté motivado por condiciones específicas de salud, o en respuesta a una solicitud del menor, del titular de la patria potestad, o del letrado del menor. Los EEMM deben establecer disposiciones prácticas sobre los reconocimientos médicos que se realicen con arreglo a la Directiva y sobre el acceso de los menores a dichos reconocimientos. Esas disposiciones pueden referirse, en particular, al supuesto en que se presenten dos o más solicitudes de reconocimiento médico relativas al mismo menor en un breve período de tiempo.

El menor tiene derecho a un reconocimiento médico con objeto de evaluar su estado físico y mental general y determinar su capacidad para hacer frente a un interrogatorio y a otras medidas de investigación o de obtención de pruebas, o cualquier medida adoptada o prevista contra el menor (art. 8.1). El resultado del reconocimiento médico debe consignarse por escrito. Ciertamente este derecho al examen médico debe conectarse con el derecho a la evaluación individual antes analizado de modo que, en ocasiones, la evaluación y el reconocimiento sean complemento uno del otro. El examen habrá de repetirse si las circunstancias así lo exigen y habrá que estar al caso concreto para determinar cuando concurren nuevas circunstancias de demanden la realización de un nuevo examen. En ocasiones, será muy relevante, incluso indispensable, para determinar la minoría o mayoría de edad del sospechoso o acusado.

Ahora bien, en este último caso, es interesante señalar que la Directiva realiza una interpretación garantista a favor del menor del uso de este medio para la obtención de información. Y es que, en el considerando 13 de dicha Directiva, se afirma expresamente que a la hora de determinar la edad del menor, el reconocimiento médico debe realizarse únicamente como último recurso por las autoridades competentes, respetando estrictamente los derechos del menor así como su integridad física y dignidad humana.

Afirmando, que en caso de que persistan dudas sobre la edad de la persona, debe presumirse, que el sujeto en cuestión es menor a efectos de la Directiva.

4.3.5. Los derechos del menor a estar presente en su propio juicio y el de su responsable a asistir a las vistas.

El menor tiene derecho a estar presente en su propio juicio. No obstante, existe la posibilidad de celebración de juicios en ausencia del acusado. En estos casos, cuando el menor no esté presente –conforme a las normas generales que autorizan juicios en ausencia–, los EEMM deben prever mecanismos que permitan la revisión o la realización de un nuevo juicio en el que pueda estar presente el menor, con un alcance pleno, esto es, con posibilidad de revisar el fondo del asunto y practicar nuevas pruebas, pudiendo incluso anularse la inicial resolución de condena. Asimismo, la Directiva reconoce en el art. 15 el derecho del titular de la responsabilidad parental a estar presente en las vistas relacionadas con el menor, salvo que, en atención a las concretas circunstancias del caso, no sea lo más conveniente para el interés del menor. En estos casos este derecho lo ostentará no el titular de la responsabilidad parental sino la persona adulta que se considere adecuada.

5. Normas de procedimiento y protección de derechos del menor.

Durante todo el proceso el menor debe ser tratado de manera adecuada a su edad, sus necesidades especiales, su madurez y su nivel de comprensión, teniendo en cuenta las posibles dificultades de comunicación (art. 13.2). En particular, cuando se tenga que decidir sobre la privación de libertad del menor, como medida cautelar antes de una condena firme, establece la Directiva que “la edad y la situación individual del menor deben tenerse debidamente en cuenta” (art. 10.1). Igualmente, cuando el menor detenido en régimen de separación de otros adultos detenidos alcance la mayoría de edad podrá continuar con este régimen de separación, en atención a las circunstancias particulares del detenido ya adulto.

Los interrogatorios a los que sea sometido el menor, ante la autoridad judicial u otras autoridades encargadas de la investigación –Policía, Ministerio Fiscal–, serán grabados por medios audiovisuales (art. 9.1). Estas grabaciones no se difundirán públicamente (art. 14.3). Ahora bien, no tendrá la consideración de interrogatorio a efectos de la necesidad de grabación, las preguntas previas que puedan hacerse al menor a efectos de su identificación. No obstante, se prevé que no sea necesaria la grabación cuando ello resulte desproporcionado en atención a la menor complejidad del caso, a la menor gravedad de la infracción alegada y a la posible pena que pueda imponerse.

Los procedimientos penales seguidos frente a menores serán tramitados con carácter de urgencia y con la debida diligencia (art. 13.1). Esta previsión, también de carácter muy general viene a recoger lo que ya es una exigencia prevista en distintas normas internacionales sobre protección a la infancia (piénsese en el art. 10.2 PIDCP y art. 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de NNUU1989). Las vistas en los procesos penales seguidos frente a menores se celebrarán, como regla general, a puerta cerrada, impidiendo su publicidad y el acceso al público en general. Circunstancia ésta que conecta

con la preocupación que denota la Directiva, por la protección de la intimidad y los intereses del menor. Como excepción, sólo podrán ser públicas las vistas, cuando sea más conveniente al superior interés del menor, en atención a circunstancias extraordinarias, que habrán de ser valoradas caso a caso,

Como manifestación también de la protección a la vida privada de los menores sospechosos o acusados, los EEMM deben adoptar las medidas oportunas para garantizar su vida privada y la de sus familiares, incluida la protección a su nombre e imagen. Manifestación de esta protección a la privacidad es la prohibición de difusión pública de las grabaciones con los interrogatorios de los menores (art. 14). No obstante, la restricción que se haga a la publicidad de estos datos no debe ser tal que choque o afecte al derecho a la tutela judicial efectiva de otras partes en el proceso, fundamentalmente las partes acusadoras cuando éstas –en función del ordenamiento interno de que se trate-, puedan tener naturaleza privada, conjuntamente con la acusación pública que puedan ejercer otros órganos del Estado, singularmente el Ministerio Fiscal. El TEDH recuerda, en este sentido, que una de las garantías mínimas previstas en el art. 40.4. b) de la Convención de las NNUU sobre Derechos del Niño de 1989, a los niños acusados de haber cometido un hecho delictivo, es el respeto pleno a su privacidad en todas las etapas del procedimiento⁴⁷.

En este orden de ideas, la Directiva 2016/800 contiene una serie de principios generales sobre el respeto a la libertad de los menores, que se configura como esencial, debiendo evitarse en la medida de lo posible su privación buscando otras alternativas. Cuando ello no sea posible y se determine su privación de libertad, se establecen normas a observar durante esta situación. Así, su art. 10.1 establece la privación de libertad como medida provisional como última ratio y por el menor tiempo posible. De esta forma, señala que los EEMM velarán por que la privación de libertad de los menores antes de su condena sea el último recurso y ello por el menor tiempo posible. Para decidir sobre esta medida habrá que atender a las circunstancias personales del menor, incluida su edad. En particular, cuando se trate de un menor sujeto a un procedimiento de ejecución de una ODE, la propia Directiva establece que los EEMM velarán por la aplicación de los derechos antes mencionados también se apliquen cuando éste está en la condición de “persona buscada” (en el sentido de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros)⁴⁸, así como durante el momento de la detención. (art. 17).

Además, hay que advertir que, en cualquier caso, toda medida privativa de libertad acordada como medida cautelar antes de una condena firme, “estará sujeta a un proceso de revisión periódica” (art. 10.2). De hecho, conforme a la Directiva 2016/800, los EEMM deben procurar, en los supuestos en que procedería la privación de libertad, la aplicación de medidas alternativas de otra naturaleza, entre las que destacan a) la obligación del menor de residir en un lugar determinado; b) la restricción del contacto con personas concretas; c) la obligación de informar a las autoridades competentes; d) la aplicación de un tratamiento terapéutico o de desintoxicación y d) la participación en medidas educativas (considerando 46). Asimismo, entre las medidas introducidas, se exige que los menores detenidos –privados de libertad en general-, estén separados de los adultos, salvo que en atención a las concretas circunstancias esta medida de separación sea contraria al interés del menor. Esta situación

⁴⁷ STEDH de 16 de diciembre de 1999 (asunto *T. c. Reino Unido*) párr. 74.

⁴⁸ DO L 190 de 18 de julio de 2002, pp. 1 – 20.

de separación de los adultos se mantendrá cuando el menor, durante la situación de detención, alcance la mayoría de edad, en atención a las circunstancias particulares del menor. Por último, hay que recordar que los EEMM deben adoptar, durante la situación de privación de libertad del menor sospechoso o acusado, las medidas necesarias para: a) garantizar y salvaguardar la salud y el desarrollo físico del menor; b) garantizar el derecho a la educación y la formación del menor; c) garantizar el ejercicio regular y efectivo del derecho a la vida familiar, incluido el mantenimiento de los lazos familiares y d) fomentar el desarrollo del menor y su futura integración social.

6. Conclusiones

La UE tiene atribuida expresamente la competencia, de naturaleza compartida, para dictar normas mínimas relativas a los derechos y garantías procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales. No obstante, su ejercicio está sometido a importantes condicionamientos derivados tanto de su naturaleza, como de las cautelas que los EEMM han tenido tradicionalmente ante el temor de ceder soberanía en materias tan esenciales como el Derecho penal, en tanto que materia heredada del antiguo tercer pilar de marcado carácter gubernamental.

Desde Tampere se han sentado las bases para la futura regulación de derechos y garantías procesales en el proceso penal desde la óptica del Derecho procesal, en tanto que instrumento para la aplicación plena por los EEMM del principio de reconocimiento mutuo. Ahora bien, podría afirmarse que en materia de delincuencia juvenil no existe en la UE un marco común europeo y que, por lo tanto, falta un modelo unitario de intervención, existiendo grandes diferencias entre los sistemas nacionales. De ahí que la elaboración de dicho marco pase por la necesaria coincidencia entre los distintos sistemas estatales en una serie de aspectos, entre ellos, la protección de los derechos y garantías fundamentales de los menores en los procesos penales.

En este contexto, con la Directiva 2016/800 se ha querido dar un paso en la consolidación del ESLJ de la UE y la creación de un marco común europeo en materia de delincuencia juvenil. Dicha norma facilita la consolidación del principio de reconocimiento (y confianza) mutuo(a) entre los sistemas judiciales de los EEMM, ya que tiene por objeto establecer garantías procesales para que los menores sospechosos o acusados en procesos penales, puedan comprender y seguir dichos procesos, a fin de permitirles ejercer su derecho a un juicio justo. Para alcanzar este objetivo, se han establecido una serie de normas mínimas para la garantía y protección de determinados derechos de los menores cuando sean sujetos pasivos de los procesos penales (sospechosos o acusados), o estén sujetos a procedimientos relativos a una ODE, con arreglo a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/584/JAI.

Con el establecimiento de estas normas mínimas comunes se pretende, asimismo, reforzar la confianza de los EEMM en los sistemas de justicia penal, contribuyendo de este modo al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. En este sentido, cabe señalar que uno de los éxitos de la Directiva es la promoción de los derechos del menor, teniendo en cuenta las directrices del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los menores, más avanzada que la existente en el marco de la UE.